

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

**“MEDIACIÓN: UN MECANISMO IDÓNEO DE ACCESO A LA JUSTICIA A
TRAVÉS DE LA DERIVACIÓN DE CAUSAS A CENTROS DE MEDIACIÓN EN
MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**

JOHANNA MARICELA ARTEAGA PASPUEL

DIRECTORA: Mg. OLIVIA CORTEZ BONILLA

QUITO, ABRIL 2011

DEDICATORIA

Dedico esta disertación a mi familia y amigos que, con perseverancia, me respaldaron durante mi preparación académica.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todas las personas que me han brindado el apoyo, colaboración, ánimo y han permanecido a mi lado durante la realización de esta disertación.

Agradezco también a la Mg. Olivia Cortez por su dirección, colaboración y respaldo durante la elaboración de este trabajo.

ABSTRACT

En los últimos años se ha podido constatar cómo el sistema de judicial se ha convertido en uno de los medios menos efectivo para garantizar los derechos. A raíz de esto podemos afirmar que existe una vulneración real del acceso a la justicia como derecho.

Este trabajo tiene como base determinar los factores que lo vulneran, así como también, establecer a la mediación como una alternativa o herramienta idónea para solucionar éste problema través de la derivación judicial a centros de mediación. Aún, cuando el problema se extiende de manera general en el sistema judicial, se ha tomado en cuenta el área referente al de la Niñez y Adolescencia debido a que los sujetos de derechos en este ámbito necesitan atención prioritaria por parte del Estado.

Este trabajo se realizó bajo los parámetros del método inductivo ya que se centra en el análisis del ordenamiento jurídico existente en el Ecuador para determinar si la derivación judicial a centros de mediación es aplicable y aplicada en la realidad. Para ello se establece como apoyo un sistema estadístico de juzgados y centros de mediación que ayudan a determinar que tan efectivo es y puede ser la aplicación de la legislación existente para aplicar la derivación.

Este trabajo tiene como finalidad establecer mecanismos que generen un cambio de la justicia confrontativa a una justicia de paz, que el derecho de acceso a la justicia se lo ejerza de manera efectiva y que existan diferentes mecanismos a los cuales los ciudadanos puedan acceder para alcanzar sus pretensiones, partiendo de una solución de conflictos que sea resultado de un acuerdo de las partes y en mayor medida cuando los terceros involucrados deben tener un nivel de protección elevado.

TABLA DE CONTENIDOS

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Abstract	iv
Resumen Ejecutivo	ix
 Introducción	 1
 CAPÍTULO I: ACCESO A LA JUSTICIA	 3
 1.1 Definición	 3
1.2 Principios	9
1.2.1 Principio de igualdad	10
1.2.2 Principio de celeridad	11
1.2.3 Principio pro actione	12
1.2.4 Principio de gratuidad	13
1.3 Vulneración del derecho	14
1.3.1 Educación e información	15
1.3.2 Sistema Judicial	16
1.3.3 Corrupción y el alto costo de la justicia	25
1.4 Métodos alternativos como mecanismos de acceso a la justicia.....	29
1.4.1 Métodos adversariales	32
1.4.2 Métodos no adversariales	32
1.4.2.1 Mediación	33
1.4.2.2 Negociación	33
1.4.2.3 Conciliación	33
 CAPÍTULO II: MEDIACIÓN UN MECANISMO EFECTIVO DE ACCESO A	
LA JUSTICIA	35

2.1	Antecedentes Históricos	35
2.2	Definición	37
2.3	Características esenciales	39
2.3.1	Voluntariedad	39
2.3.2	Confidencialidad	40
2.3.3	Autodeterminación/Autocomposición	41
2.3.4	Imparcialidad/Neutralidad	42
2.4	Principios	44
2.4.1	Principio inmediación	44
2.4.2	Principio de oralidad	45
2.4.3	Principio de concentración	45
2.4.4	Principio de voluntariedad	45
2.4.5	Principio de igualdad	45
2.4.6	Principio de economía procesal	45
2.5	Objetivos	46
2.6	Mecanismo efectivo de acceso a la justicia	46

CAPÍTULO III: DERIVACIÓN DE LOS PROCESOS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA A CENTROS DE MEDIACIÓN EN EL CANTÓN QUITO

51

3.1	Niños, niñas y adolescentes: grupo vulnerable	51
3.2	Derivación judicial de los proceso en materia de niñez y adolescencia a centros de mediación	54
3.3	Aplicación de la derivación de causas judiciales a centros de mediación dentro del Cantón Quito	60
3.4	Actitud de los jueces ante la derivación de causas judiciales en materia de niñez y adolescencia a centros de mediación	71

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

77

Conclusiones	77
Recomendaciones	80
Bibliografía	82

Lista de Cuadros

Cuadro 1:	Representación de acceso a la justicia	4
Cuadro 2:	Características de los MASC y el sistema judicial	34
Cuadro 3:	Momentos en los que se da el proceso de mediación	55

Lista de Gráficos

Gráfico 1:	Nivel de Educación en el Ecuador (2010)	15
Gráfico 2:	Factores principales de acceso a la justicia	17
Gráfico 3:	Dependencias Judiciales	18
Gráfico 4:	Carga Laboral en la Judicatura	19
Gráfico 5:	Número de Funcionarios judiciales	20
Gráfico 6:	Nivel de instrucción de funcionarios judiciales	21
Gráfico 7:	Especialización de los funcionarios judiciales	22
Gráfico 8:	Equipo Tecnológico dependencias judiciales	23
Gráfico 9:	Infraestructura dependencias judiciales	24
Gráfico 10:	Corrupción en el sistema judicial	25
Gráfico 11:	Formas de corrupción	27
Gráfico 12:	Credibilidad de la ciudadanía en el sistema judicial	29
Gráfico 13:	Número de causas Juzgados de Niñez y adolescencia (Pichincha)	61
Gráfico 14:	Tiempo de Resolución de las causas en materia de Niñez y Adolescencia	62
Gráfico 15:	Centros de Mediación registrados en la actualidad	63
Gráfico 16:	Materias que resuelven los Centros de Mediación	64
Gráfico 17:	Eficiencia de los Centros de Mediación en Quito	65
Gráfico 18:	Recursos Económicos de Centros de Mediación	66
Gráfico 19:	Porcentaje de casos en materia de Niñez y Adolescencia	67
Gráfico 20:	Resultados de la Mediación en cifras	68
Gráfico 21:	Porcentaje de derivación de causas en el Cantón Quito	69
Gráfico 22:	Número de Casos que tramitan los Centros de Mediación	70

RESUMEN

El desarrollo de la tesis se divide en cuatro capítulos, los dos primeros desarrolla un acercamiento a definiciones del acceso a la justicia y proceso de mediación como mecanismo alternativo de acceso a la justicia, el siguiente hace un análisis de la derivación de causas judiciales a Centros de mediación y su aplicación en el Cantón Quito. Teniendo por último las recomendaciones y conclusiones.

A continuación se realiza un breve resumen del contenido de cada capítulo.

CAPÍTULO 1: Se analiza el acceso a la justicia como un derecho fundamental de las personas, como un servicio público que debe prestar el Estado, los factores que inciden en su vulneración, así como también se realiza una breve descripción de los métodos alternativos de solución de conflictos.

CAPÍTULO 2: Se detalla todo lo referente a la mediación, características, principios, objetivos, que como un mecanismo efectivo de acceso a la justicia, se describen las características esenciales, ventajas que hacen un mecanismo eficiente, así como el marco jurídico que la determina como un método alternativo de solución de conflictos.

CAPÍTULO 3: En este capítulo se plantea la derivación de causas en materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación, se concreta a través de este proceso a la mediación como un mecanismo efectivo de acceso a la justicia. Se hace un análisis de niñez y adolescencia como grupo vulnerable y se realiza un análisis de la derivación en Centros de Mediación del cantón Quito.

La última parte de éste trabajo contiene las conclusiones obtenidas a lo largo del desarrollo de este trabajo, y se proponen recomendaciones que se pueden aplicar para hacer efectivo el acceso a la justicia y que se convierta en un servicio público eficiente por parte del Estado.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se ha demostrado que el acceso a la justicia es una de las debilidades más evidentes de la mayoría de países latinoamericanos, ya que existen varias barreras que están presentes al momento de querer ejercerla como corrupción, un sistema judicial saturado, entre otras.

Por este motivo se han venido desarrollando varios análisis respecto a la reestructuración que necesita el sistema judicial en Latinoamérica. Este sistema está encargado de administrar la justicia, para poder responder de manera adecuada al derecho de acceso a la misma. Más aún cuando la vulneración de este derecho da como resultado que se quebrante la seguridad jurídica de un Estado, que no es más que “el funcionamiento adecuado de la totalidad del ordenamiento jurídico de un país, con especial énfasis en el respeto y efectividad de los derechos y garantías fundamentales.”¹

Sin embargo, la realidad del sistema judicial sigue siendo la misma, porque en su funcionamiento se han arraigado varios factores que, de una u otra manera, acaban sobreponiéndose a los derechos fundamentales de las personas. Quedando en evidencia que el respeto por estos derechos no existe.

“Todos los derechos humanos requieren del Estado acciones que aseguren su respeto y protección. Esta protección se asegura en la medida en que se desarrollan mecanismos y normas para evitar su violación”.²

En el Ecuador esta situación no es distinta, una de las principales preocupaciones de los ciudadanos que acuden al sistema judicial, como principal opción para resolver sus controversias, es encontrar un sistema ineficaz que vulnera sus derechos.

Es necesario así, empezar a proponer nuevos medios que puedan ayudar a dar soluciones reales a este problema, por ello este trabajo se centra en definir conceptos primordiales que

¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. *Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano*. Internet: www.cumbrejudicial.org/c/document_library. Acceso: 30-septiembre-2010.

² Ligia Bolívar. Cit. Pos. Javier González. “La acción de amparo como garantía de derechos económicos, sociales y culturales en el derecho comparado.” *Ruptura*. N° 50. Quito, 2006. p. 340.

encierra el acceso a la justicia, como uno de los derechos fundamentales que tiene la persona y el deber correlativo del Estado de la prestación del servicio de administración de justicia efectiva, así como también determina los factores que pueden llegar a vulnerarlo.

También se analizan los métodos alternativos de solución de conflictos, centrando este estudio en la mediación, que se han convertido en una de las principales opciones para que las personas resuelvan sus controversias, sin la necesidad de asistir a la justicia ordinaria.

Dentro de este análisis se debe considerar todos los aspectos que hacen que la mediación sea una herramienta idónea para hacer efectivo el acceso a la justicia, y a la vez un complemento al sistema judicial a través de la derivación a centros de mediación.

Se ha centrado el tema de la derivación en la materia de niñez y adolescencia, ya que se debe tener en cuenta que al producirse una retardada resolución de las causas dentro del sistema ordinario en ésta materia, se vulnera el derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Si bien es cierto, la legislación ecuatoriana prevé la derivación judicial a centros de mediación en el área de niñez y adolescencia, es importante constatar cómo se da esto en la práctica, es decir, si se aplica o no este mecanismo. Como también es importante determinar la situación de los centros de mediación y establecer si estos centros se encuentran capacitados para asimilar esta responsabilidad.

CAPÍTULO I

ACCESO A LA JUSTICIA

En el presente capítulo, se realiza un análisis de las generalidades que encierran el acceso a la justicia, sus diferentes concepciones, así como las barreras que vulneran este derecho.

1.1 Definición

Para analizar una definición del acceso a la justicia, es indispensable que se establezcan los roles que desempeñan cada uno de los sujetos en la relación jurídica que genera este derecho.

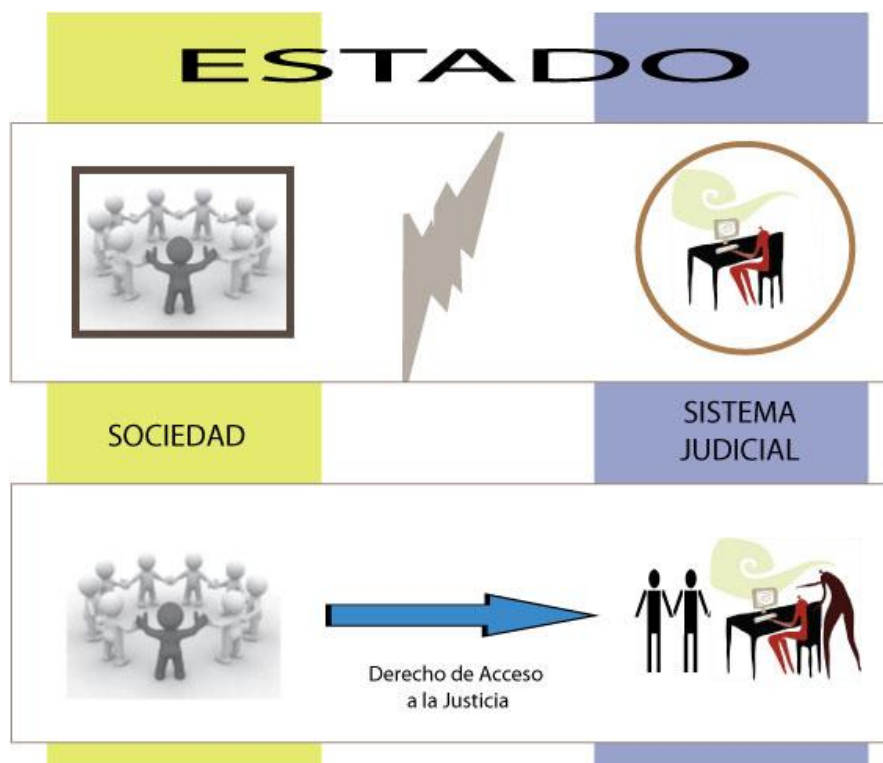
El Estado desde sus primeras manifestaciones como ente organizado dentro del régimen democrático, ha buscado que la sociedad que se rige bajo sus normas pueda tener las herramientas necesarias, para que cada uno de sus habitantes tenga un desarrollo integral como persona; es así, que de manera indispensable se empieza a reconocer derechos y asumir obligaciones para poder garantizarlos.

Para precautelar sus intereses es necesario que los ciudadanos cuenten con los elementos necesarios, para así materializar su deseo de alcanzar la justicia. Es decir, cada vez que se generen conflictos, debe existir un ente imparcial que ayude a resolverlos bajo normas establecidas que den seguridad. “El Estado ha monopolizado el dilucidar contiendas, debe hacerlo a cambio de darles a todas las personas la posibilidad de poder acceder fácilmente a ese instrumento.”³

A partir de una aproximación de los roles del Estado, la sociedad y con ellos algunos mecanismos que son indispensables para este tema, podemos empezar a desarrollar una definición del derecho de acceso a la justicia. Si tomamos en cuenta al Estado, que a través de su sistema judicial resuelve los conflictos de los ciudadanos, constatamos que puede existir una brecha entre estos actores. Es aquí, donde aparece la necesidad de reconocer un

³ Jorge Marabotto Lugano. *Un derecho esencial: el derecho de acceso a la justicia*, Montevideo, Adenauer, 2003. p.291.

derecho que a su vez garantice el acceso a estas dependencias y al proceso con una adecuada resolución y ejecución.



Cuadro 1.- Representación del Acceso a la justicia

En la doctrina se define al derecho de acceso a la justicia como:

La posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica, social o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los tribunales para formular pretensiones o defenderse de ellas, de obtener un fallo de esos tribunales y, que la Resolución pronunciada sea cumplida y ejecutada.⁴

La definición referida permite dilucidar que éste derecho no concluye en la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional, sino que convierte al proceso en el instrumento para que las pretensiones alcancen su finalidad y se agota cuando la sentencia sea ejecutada sin ningún tipo de discriminación.

⁴ Dra. Álvarez Rojas Martha. *Derecho de acceso a la Justicia*. Internet. www.tribunalconstitucional.gov.bo. Acceso: 15-Mayo-2010.

Por razones didácticas podemos decir que este derecho se lo ejerce en las diferentes etapas de un proceso judicial. Como habíamos mencionado, este derecho se convierte en la garantía de derechos que se interrelacionan en el proceso judicial como el derecho de acción, el derecho al debido proceso, entre otros. Al vulnerarse uno de estos se estará transgrediendo por se el derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia bajo este análisis despliega sus efectos en tres momentos diferentes: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia.⁵

Según la doctrina y fallos dados por la Comisión de Derechos Humanos, se establece que el derecho de acceso a la justicia es una de las normas *ius cogens* o también llamada *ius cogens*, es decir, es una norma de carácter imperativo que precautelan el bienestar común, que debe ser cumplida por las partes y no está sujeta a ningún tipo de acuerdo o derogación que pueda surgir de ellas.⁶

Dentro de la sentencia “Caso Barrios Altos Vs. Perú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace una ampliación del *ius cogens*, al abarcar el derecho de acceso a la justicia, sin el cual no existe el Estado de Derecho⁷ y manifiesta que:

“El acceso a la justicia, (que en mi concepción pertenece al dominio del *ius cogens*), constituye una norma imperativa del Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas

⁵ Jesús González Pérez (1989: 43-44). Cit. Pos. Jesús Casal. *Aspectos conceptuales del acceso a la justicia*, Caracas, U.C.A.B., 2006. p. 29.

⁶ Gómez Robledo Antonio: La inderogabilidad de estas normas es su principal característica, limitándose de esta forma el voluntarismo de los Estados soberanos y se justifica porque las normas de *Ius Cogens* recogen valores considerados como esenciales para la comunidad internacional, valores que se imponen al consentimiento de los Estados. Cit. Pos. Tamar Santis Ninoska. *Las Normas de Ius Cogens*. Internet. www.congresoconstitucional.cl. Acceso: 12-Julio-2010.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado del Juez A.A Cançado Trindade, Sentencia Caso Barrios Altos Vs. Perú, 14-Marzo-2001, p.16.

violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno”⁸

Las normas *ius cogens*, cuyo objetivo es precautelar el respeto a la sociedad (humanidad), superan el derecho interno. Por consiguiente los Estados no pueden desconocerlas.

Bajo el desarrollo de la sociedad se debía prever que el reconocimiento de derechos no sean meras declaraciones. Los Estados ratificaron tratados que garantizan el acceso a estos derechos. El acceso a la justicia, como uno de los derechos sociales primordiales, forma parte de los que se reconoce en La Convención Americana sobre derechos humanos que en su artículo 8 número 1 dentro de las Garantías Judiciales declara que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Al igual que en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 número 1 establece:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]

Como se ha mencionado, los Estados no pueden desconocer la importancia del derecho al acceso a la justicia, cuya finalidad es que todas las personas reciban un trato equitativo al buscar la protección de sus derechos. Por medio de este derecho se mide la eficacia del

⁸ Ídem.

Estado de Derecho, porque a través de éste se puede tener una valoración en cuanto a respeto y ejercicio real de los derechos.

Es aquí cuando el deber del Estado, correlativo a este derecho, se manifiesta en la prestación del servicio público de administrar justicia.⁹ Bajo la ampliación del concepto de servicio público la doctrina establece varias concepciones, pero en general se lo determina como una actividad dada por la Administración pública de manera individual, que se materializa de la misma manera, pero tiene repercusión de carácter general.

Lo que haremos es mencionar algunas características del servicio público para poder relacionar a la administración de justicia como tal. Según Diego Paredes González¹⁰ se debe tomar en cuenta que es una actividad que debe:

- 1) Asegurar la satisfacción de un interés social.
- 2) Tener uniformidad en la prestación, es decir, igualdad de tratamiento de los administrados.
- 3) Garantizar ciertos actos ante la confianza pública, o hacer posible su gratuidad.

El derecho de acceso a la justicia es uno de los servicios esenciales que debe prestar el Estado; por los elementos citados sabemos que éste influye de manera directa en el desarrollo del individuo; dado que la administración de justicia se la ejerce de manera continua, es de interés social y se la presta con igualdad de condiciones, por consiguiente se convierte ésta en un servicio. Por parte del Estado “implica también una de las variantes de la función soberana, así como tiene el derecho de exigir el sometimiento a su jurisdicción la ventilación de los litigios, tiene a su vez, el deber de cumplir con el servicio público jurisdiccional a toda persona que necesite.”¹¹

⁹Dr. Juan E. Méndez. *Acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos*. Foro Internacional “Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina”. Costa Rica.2000. p. 17.

¹⁰ Diego Paredes. “El alejamiento del derecho público hacia el derecho privado”. *Ruptura* 50, Quito, 2006, p.18.

¹¹ Zapata Bello Gabriel. *Acceso a la Justicia*. Internet: www.bibliojuridica.org/libros/1/92/23.pdf. Acceso: 23 - febrero- 2010.

En el caso de Ecuador la Constitución Política dentro del artículo 326 número 15 el legislador hace una breve enumeración de los servicios públicos: “Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, energía eléctrica [...]”. El Estado busca precautelar que no se afecten los servicios que son primordiales para el desarrollo de la comunidad, en este caso el de administrar justicia.

Así también se reconoce el derecho de acceso a la justicia cuando se permite a todos los ciudadanos acudir a las dependencias judiciales para resolver sus conflictos y que se les garantice una resolución justa del mismo, establecido en su artículo 75:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

De esta manera asume el Estado como deber, proporcionar un servicio adecuado y garantizar los mecanismos para que este derecho se ejerza, con la finalidad de que las personas que viven dentro de su territorio tengan las libertades necesarias para alcanzar el bienestar individual y que se refleje en el bienestar común.

Los órganos encargados de la administración de justicia, ejerciendo jurisdicción, deben otorgar una tutela jurídica efectiva al momento, en que los ciudadanos acuden a estas instituciones; es decir, deben dar protección debida de los derechos subjetivos y velar que su exigencia se cumpla de manera ordenada.

El poder judicial y la justicia no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, ya que en última instancia su justificación y finalidad como la de cualquier servicio público es la satisfacción de las demandas de los ciudadanos.¹²

El Estado ecuatoriano también asume con el derecho de acceso a la justicia el deber de garantizar, que cada uno de los ciudadanos va a tener un proceso adecuado para poder

¹² José Manuel Canales Aliende. “El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas”. *Política y Sociedad*, N° 20, Madrid, 1995, p.63.

exigir otros derechos, no solo reconociendo en la Carta magna este derecho sino también al ser uno de los Estados signatarios de instrumentos internacionales que lo reconocen y garantizan.

1.2 Principios

Al tener un acercamiento con el concepto del derecho de acceso a la justicia, es necesario establecer los principios que precautelan su real goce. En esta parte vamos a conceptualizar a varios de éstos, relacionados con el debido proceso.

La doctrina define a estos principios como “los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo. Ideas fundamentales o informadoras de la organización jurídica de una nación”¹³

El acceso a la justicia debe darse de manera efectiva, en otras palabras, los ciudadanos deben tener la posibilidad real de exigir sus pretensiones, se reconozcan y restablezcan sus derechos vulnerados; para ello es necesario que se den estas “directivas u orientaciones generales”¹⁴ para una aplicación apropiada de las normas, que no son otras que los principios del derecho o principios procesales que rigen el proceso a seguir.

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía. [...]¹⁵

La legislación interna, los tratados internacionales y la doctrina establecen algunos de los principios a los que el derecho de acceso a la justicia debe estar acorde, así podemos mencionar entre otros los siguientes principios:

¹³ Beatriz Quintero, Eugenio Prieto. *Teoría general del proceso*. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1995.p.85.

¹⁴ Lino E. Palacios. *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 17ª ed.2003. p.62.

¹⁵ Constitución Política del Ecuador de 2008: Principios de la administración de justicia Art.169; Derechos de protección Art. 75.

- Principio de igualdad
- Principio de celeridad
- Principio *pro actione*
- Principio de gratuidad

Sin embargo cabe resaltar que en los principios arriba mencionados podemos encontrar ciertas características de los omitidos, debido a que en su aplicación estos principios buscan un resultado común.

1.2.1 Principio de Igualdad

Este principio se muestra cuando se establece que las personas independientes de su condición económica, social, o de cualquier naturaleza, deben acceder a la justicia en igualdad de condiciones. No debe existir ningún tipo de discriminación por parte de los organismos de Estado, ni por los funcionarios que prestan el servicio.

La Constitución Política dentro del Título III de derechos, en su artículo 11 número 2, insta que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades [...]”. Es decir garantiza que el trato que se recibirá por parte del Estado será sin ningún tipo de discriminación.

Este principio parte de las iguales oportunidades que deben tener los ciudadanos por respeto que debe existir a la dignidad humana, pero también se debe tener en cuenta la igualdad dentro del proceso, cuando a cada una de las partes se les provee de iguales herramientas para salvaguardar sus pretensiones.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado este principio como “la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado”.¹⁶

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales, culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Internet: www.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm. Acceso: 23-febreo-2010.

Así entendemos que cada sujeto procesal debe tener las mismas condiciones, es decir, al momento de acceder a la administración de justicia no se deben percibir diferencias que puedan vulnerar este derecho, todos deben ser tratados de manera equitativa, y poseer los mismos instrumentos.

El principio político-constitucional de la igualdad de los habitantes ante la ley, se transforma para la significación del derecho procesal en una relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que ninguno pueda encontrarse en una posición de inferioridad jurídica frente a otro. Dentro de lo posible se debe tratar de neutralizar legándose a una nivelación o equilibrio de la condición procesal de los justiciables y por eso es adecuado aludir a las soluciones de igualdad de compensación.¹⁷

1.2.2. Principio de Celeridad

Este principio busca que el acceso a la justicia se proporcione de manera oportuna, en un tiempo razonable, cumpliendo los plazos que están determinados y que dentro de este tiempo no se presenten obstáculos innecesarios.

El proceso judicial, siendo el medio primordial de ejercicio de este derecho, debe tener las menores dificultades para que las personas no sientan que se vulnera su derecho cuando ven sus pretensiones congeladas en el tiempo por razones que no son justificadas.

En el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 20 se determina al principio de celeridad dentro de la administración de justicia y establece que:

La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y

¹⁷ Beatriz Quintero, Eugenio Prieto. Op. Cit., p.93.

servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

La doctrina expone que “el principio de celeridad, por su parte, establece que los procesos constitucionales deben resolverse en plazos breves y que no deben existir trámites innecesarios, que alarguen injustificadamente el dictado de la resolución de fondo”.¹⁸

Por mandato constitucional el acceso a la justicia y los medios procesales deben estar sujetos al principio de celeridad, con ello se garantiza el acceso eficaz a este derecho, dado que el “principio de celeridad está representado por las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos”¹⁹.

1.2.3. Principio Pro Actione

Una de las formas en las que podemos concebir este derecho es cuando se busca que el proceso se desarrolle de una manera sencilla, es decir, que los requisitos procesales no deben excederse al punto de que la que pretensión inicial se desatiende dentro de los formalismos.

Se presenta desde la admisibilidad de la acción, no se deben denegar el acceso a la justicia por responder de manera inflexible la aplicación de las leyes procesales, “el acceso a la justicia debe darse de manera libre, no puede estar sujeto a condicionamientos excesivos, se debe interpretar las leyes procesales en sentido más favorable a la admisibilidad”²⁰

Si bien es necesario, que dentro del proceso los jueces deban revisar que las peticiones que llegan a los tribunales estén dentro de las estructuras que establece la ley, deben también aplicar estas normas sin vulnerar el acceso a la justicia, ya que en algunas ocasiones el cumplimiento de las formalidades afecta el fondo de la pretensión.

¹⁸ Hernández Valle Rubén. Cit. pos. Carolina Rodríguez Esquivel. *Acceso a la justicia, herramientas para la defensa efectiva de los derechos*, Internet: w.iiij.derecho.ucr.ac.cr/phps/documentación. Acceso 23- febrero-2010.

¹⁹ Lino E. Palacios. Op. Cit., p.72.

²⁰ Jesús Casal. Op.Cit., p. 31.

Con la exigencia de formalismos extremos que no se acompañan con el mandato constitucional de la efectividad de los derechos y de la prevalencia del derecho sustancial. Las formalidades procesales sólo se conciben como medios para garantizar la validez y la eficacia de los actos procesales, en cuanto éstos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales.²¹

1.2.4. Principio de Gratuidad

Este principio debemos analizarlo desde la perspectiva del acceso a la justicia como servicio público que presta el Estado, éste busca que todos los ciudadanos acudan en igualdad de condiciones a los organismos encargados de la administración de justicia, es decir, que los recursos económicos no influyan de manera determinante en una resolución.

Corresponde a la idea esencial de que el proceso es un servicio público. Si no puede lograrse el objetivo de que sea gratuito, por lo menos tampoco puede tolerarse de que se encarezca a la par de un artículo de lujo al cual arriben solamente los pudientes²²

No podemos hablar de la gratuidad en el sentido de que no se deba pagar ninguna tasa judicial, ya que la mayoría de servicios públicos están sujetos a pagos mínimos para la prestación de los mismos. Pero si debemos entender que se busca proteger a las personas de escasos recursos económicos, que muchas veces ven vulnerado su derecho, no por no haber iniciado el litigio sino por no conseguir continuar, ya que en el trayecto el proceso se vuelve más costoso superando sus posibilidades.

La gratuidad de servicio debe ser entendida en el sentido de su disponibilidad orgánica y funcional, es decir, la posibilidad real de todo ciudadano de acudir físicamente al mismo y defender sus derechos mediante una adecuada representación.²³

²¹ Cifuentes Eduardo. *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Internet: www.cepc.es. Acceso 14-Febrero-2010.

²² Beatriz Quintero, Eugenio Prieto. Op. Cit., p.102.

²³ Dr. Juan E. Méndez. Op. Cit., p. 18.

Por un lado debe otorgar el Estado los recursos necesarios para que se haga posible la aplicación de este principio que se relaciona con el principio de igualdad. Por otro deben también existir las políticas de aplicación para que los sectores beneficiados de estos recursos sean quienes realmente no pueden asumir los costos judiciales.

Si tenemos una justicia sin discriminación, equitativa, oportuna, eficiente y gratuita, estaremos ante un acceso en igualdad de condiciones que garanticen la efectividad de goce y respeto a los derechos.

1.3 Vulneración del Derecho

Para empezar a abordar el tema principal de este trabajo es primordial mencionar los factores que no permiten el acceso efectivo a la justicia.

Los países en vías de desarrollo, como el caso de Ecuador, tienen graves deficiencias en algunos ámbitos sociales. Éstas se ven reflejados al momento en que el Estado presta los servicios que satisfacen las necesidades de la ciudadanía, entre ellos el de acceder a la justicia.

Dentro de los países de Latinoamérica han sido estas deficiencias uno de los principales complementos de discusión en foros referentes al ejercicio de este derecho, no únicamente desde las concepciones jurídicas, sino también sociales, siendo éstas las que trascienden de manera fundamental al momento de aplicar el Derecho.

El superar las desigualdades sociales ha sido la causa de las revoluciones históricas de las sociedades, sin embargo, el logro que ha representado cada una de ellas no ha generado que las políticas estatales erradiquen de manera total este problema.

Es importante recalcar que en la mayoría de países en vías de desarrollo, la gran parte de la población no tienen las condiciones necesarias para alcanzar un estilo de vida digno, en otras palabras no tiene acceso a: educación, trabajos estables, salarios dignos, servicios de salud y justicia.

Se comprendió que las desigualdades de hecho que existen entre los seres humanos traen como consecuencia que para muchos de ellos los derechos no pasen de ser meras promesas. Y entre derechos de papel justamente el de acceder al a justicia.²⁴

1.3.1 Educación e Información

Siendo la educación uno de los derechos fundamentales del ser humano, el Estado debe garantizar que todas las personas tengan la oportunidad de poder acceder a ella. Según las estadísticas del INEC realizadas en el año 2001, en el caso de Ecuador, una gran parte de la población no puede superar el nivel de educación secundaria. El Gráfico 1, basado en los datos de las estadísticas antes mencionadas, refleja la cruda realidad de la educación en los diferentes estratos sociales. Por ejemplo, solamente el 2% de las “familias pobres” tienen el “privilegio” de alcanzar el nivel superior de educación, mientras que en el otro sector “familias no pobres” alcanzan el 24%.

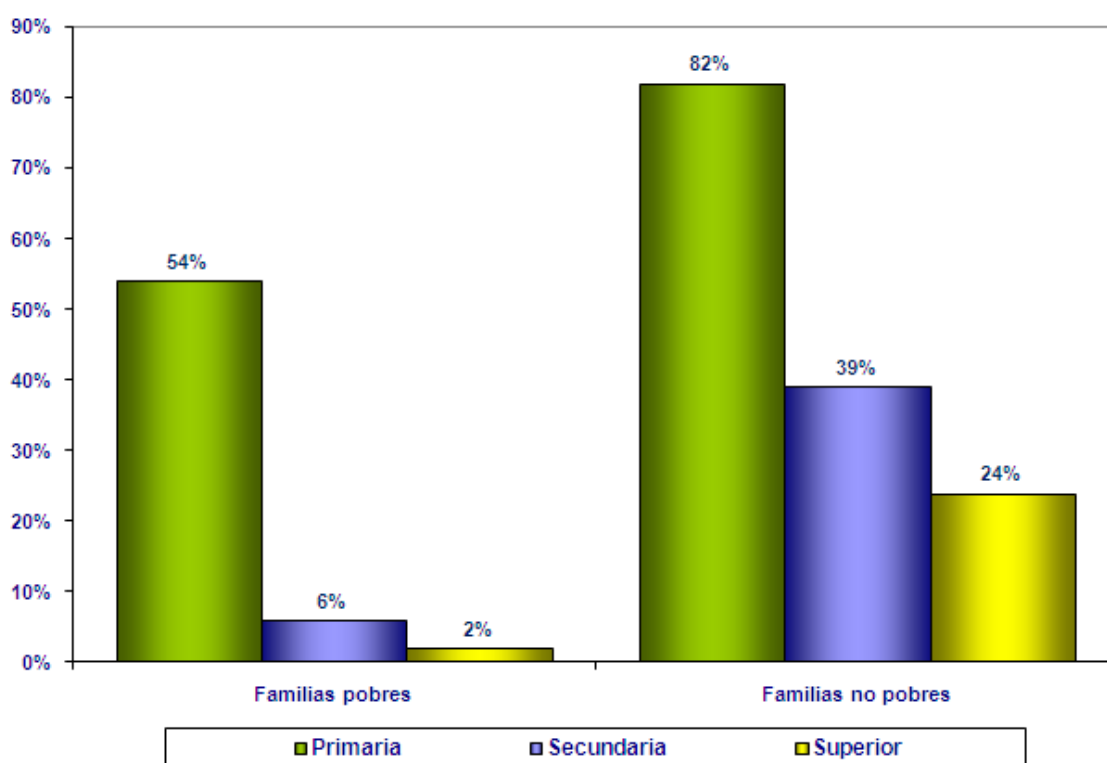


Gráfico 1.- Nivel de Educación en el Ecuador (2010)²⁵.

²⁴ Carmen Reyna de Roche. *Condicionamientos sociales, políticos, económicos del acceso a la justicia*. Caracas, U.C.A.B., 2006. p.89.

²⁵ Cfr. INEC-Estadísticas, www.inec.gov.ec. Acceso: 15-Agosto-2010.

La educación es uno de los pilares fundamentales para el desarrollo de las sociedades, pero también representa una de las grandes diferencias entre los estratos sociales, tomando como referencia que se la ha visto como uno de los privilegios a los que pueden acceder los que más recursos económicos tienen (familias no pobres). Dentro de este aspecto, el acceder a la educación implica inclusión y pertenencia a un Estado.

Es probable que la población que no tiene acceso a una educación de calidad, no tenga claros sus derechos y como exigirlos. Sin dejar de lado de igual forma el desconocimiento general acerca de las leyes. No podemos exigir un conocimiento de la cultura jurídica llena de tecnicismos a una población que no supera niveles medios de educación.

El desconocimiento de las leyes, de los derechos, y de las instituciones donde ellos se pueden hacer valer, es un obstáculo para acceder a la justicia pues, ¿cómo pueden reclamarse derechos que se ignoran o que conociéndose, no se tiene idea de cómo reclamarlos?²⁶

El Estado debe asegurar una educación integral teniendo como principal finalidad que la sociedad posea el suficiente conocimiento sobre sus derechos, deberes, como cumplirlos y como poder exigirlos. Más aún si el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad, se deben implementar estrategias estatales que den la suficiente información a la población, para no caer en desaciertos de juzgar a quienes no se les dio las mismas oportunidades.

1.3.2 Sistema Judicial

Según el estudio realizado por PROJUSTICIA²⁷ los principales factores para tener un adecuado acceso a la justicia son: conocimiento de derechos, la economía y un patrocinio eficiente por parte de los abogados. Como se demuestra en los datos del Gráfico 2.

Es indudable que si existe un mayor conocimiento por parte de las personas acerca de sus derechos, el Estado deberá asumir el incremento de la afluencia hacia el sistema judicial,

²⁶ *Ibíd.* p.99.

²⁷ Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador (PROJUSTICIA). *Percepción de los usuarios de los servicios de justicia en el Ecuador. 2010.* p. 16-58.

como sucedió en “la segunda mitad del siglo XX cuando se estimuló la producción de reclamos por parte de los ciudadanos, lo que terminó por colapsar el sistema de justicia”.²⁸

El sistema judicial, en el caso de Ecuador, actualmente ha dejado de ser un mecanismo óptimo de acceso a la justicia, dentro de éste existen muchos otros elementos que logran vulnerar éste derecho. Lo que conlleva que los principales afectados sean los ciudadanos de bajos recursos económicos.

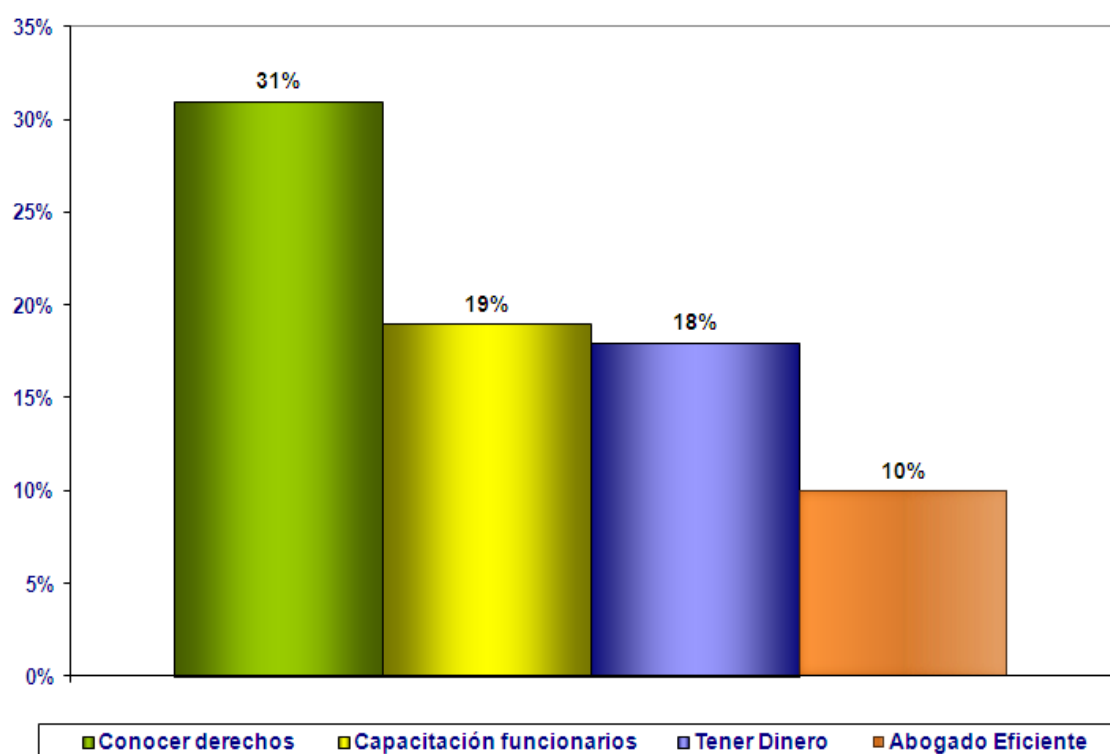


Gráfico 2.- Factores Principales de Acceso a la justicia²⁹

La justicia ordinaria es la primera opción con la que cuentan los ciudadanos para hacer valer sus derechos, cuando sienten que alguna forma éstos están siendo afectados. Las dependencias encargadas de dar solución a estos problemas son los juzgados y cortes.

El número de dependencias judiciales en el Ecuador no ha variado en los últimos años, a pesar de existir gran demanda de causas que no pueden ser procesadas. En los juzgados se

²⁸ Carmen Reyna de Roche. Op.Cit., p.88.

²⁹ Nota: Los gráficos que se presentan bajo los ítems 1.3.2 y 1.3.3 se basan en los datos del estudio citado la referencia 25.

inicia un número de causas superiores a la capacidad de las judicaturas existentes. Sin embargo en el presente año (2010) su creación ha sido escasa, como demuestran los datos del Gráfico 3.

Por muchos años el Estado desatendió este sector, no se otorgaban los recursos necesarios, ni se dotaba de infraestructura para dar una atención debida a quienes querían resolver sus contiendas, y tampoco existía el control necesario a los funcionarios encargados.

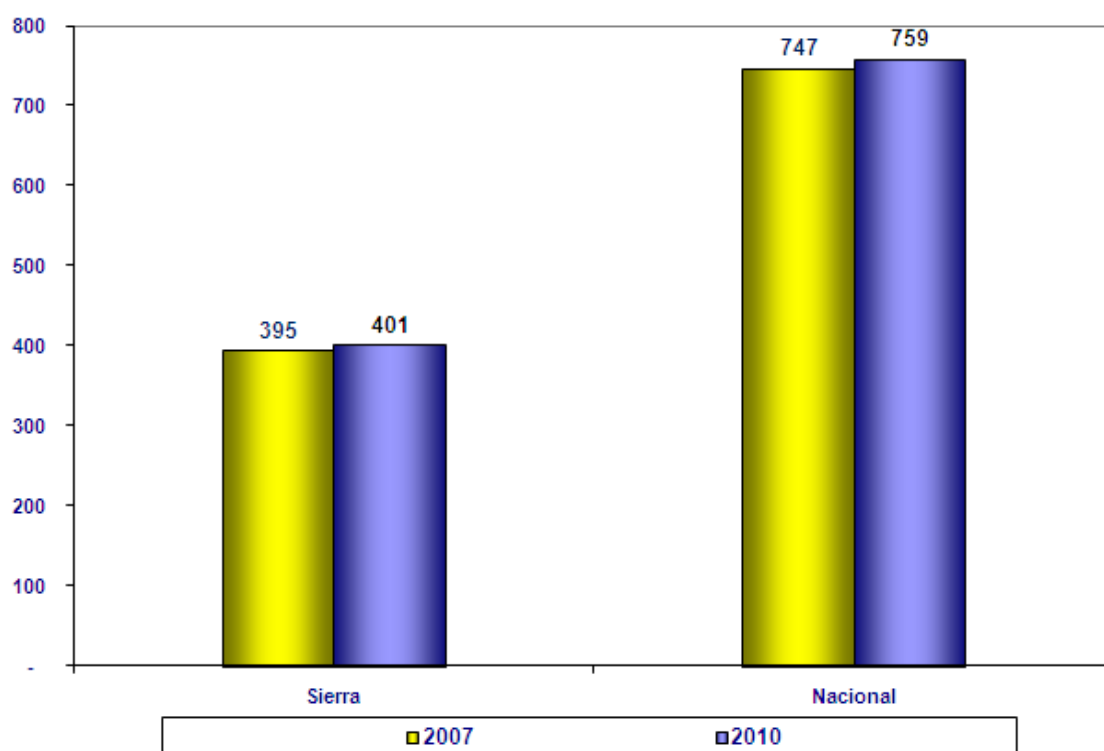


Gráfico 3.- Dependencias Judiciales.

El resultado de todo esto, es un sistema de justicia saturado; de causas en proceso que no alcanzan resolución, por un lado; y por otro, de nuevas causas iniciadas. De este modo se vulneran todos los derechos que protegen el debido proceso. El porcentaje de exceso de carga laboral en las dependencias alcanza el 38% como demuestra el Gráfico 4 (2010).

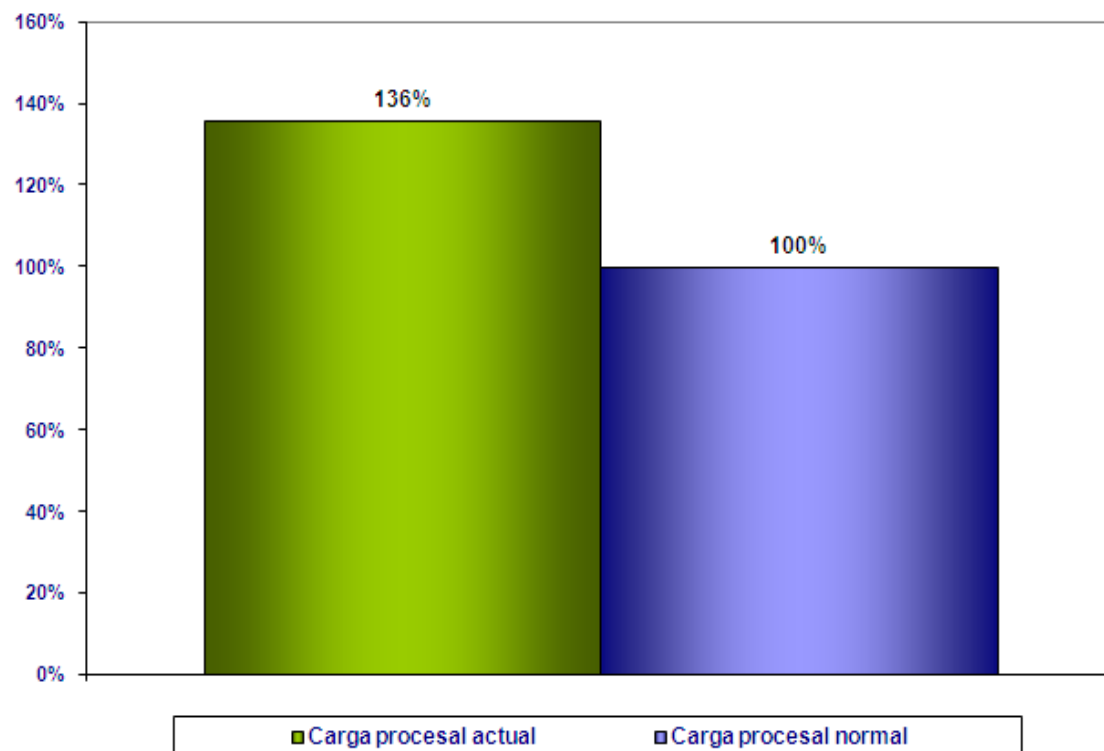


Gráfico 4. Carga laboral en la judicatura

Debido a la inoperancia del Estado o desinterés estatal para detectar con rapidez las causas de la retardación de la justicia, de los procesos largos y costosos, del litigio sin representación adecuada o carente del todo de la misma. El derecho humano de acceder y obtener justicia es sensiblemente lesionado, y con él los demás derechos fundamentales y derivados cuya violación sea reclamada.³⁰

Existen un sin número de causas que se encuentran estancadas y esto se debe a que no existe el suficiente elemento humano. Entre los años 2007 y 2010 dentro del sistema judicial se ha contratado personal para suplir este problema, pero esto no ha sido suficiente. En el transcurso de tres años solo se ha contratado a 615 servidores públicos a nivel nacional, como podemos observar en el Gráfico 5. Aún cuando el Estado ha tratado de resolver algunos de estos temas, no ha podido mejorar la calidad del servicio dentro del sistema judicial. La centralización de la justicia en las grandes ciudades genera la inexistencia de juzgados en zonas estratégicas para la atención de zonas rurales. En

³⁰ Dr. Juan E. Méndez. Op. Cit., p. 16.

muchos de los casos, los servidores públicos que están en los juzgados no tienen la capacitación y preparación necesaria para cumplir con su labor.

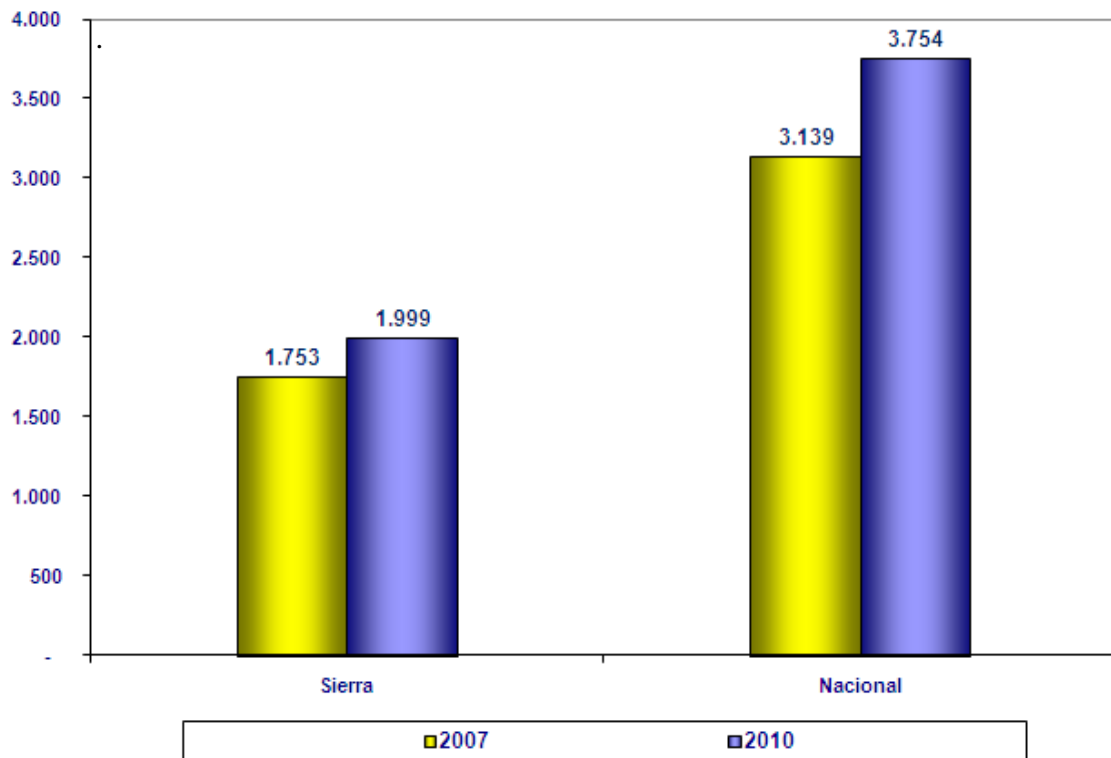


Gráfico 5.- Número de funcionarios judiciales

Cabe señalar, que la aún se sigue contratando personal que no tiene la preparación necesaria para cumplir con esta labor. Sin dejar de mencionar que muchas de las personas que obtuvieron un título de nivel superior o posgrado lo hicieron por obtener un beneficio en el escalafón de salarios, situación que no beneficia a la calidad en la prestación del servicio. Más aún cuando se conoce la proliferación de las universidades de bajo nivel académico. Como demuestran los datos del Gráfico 6.

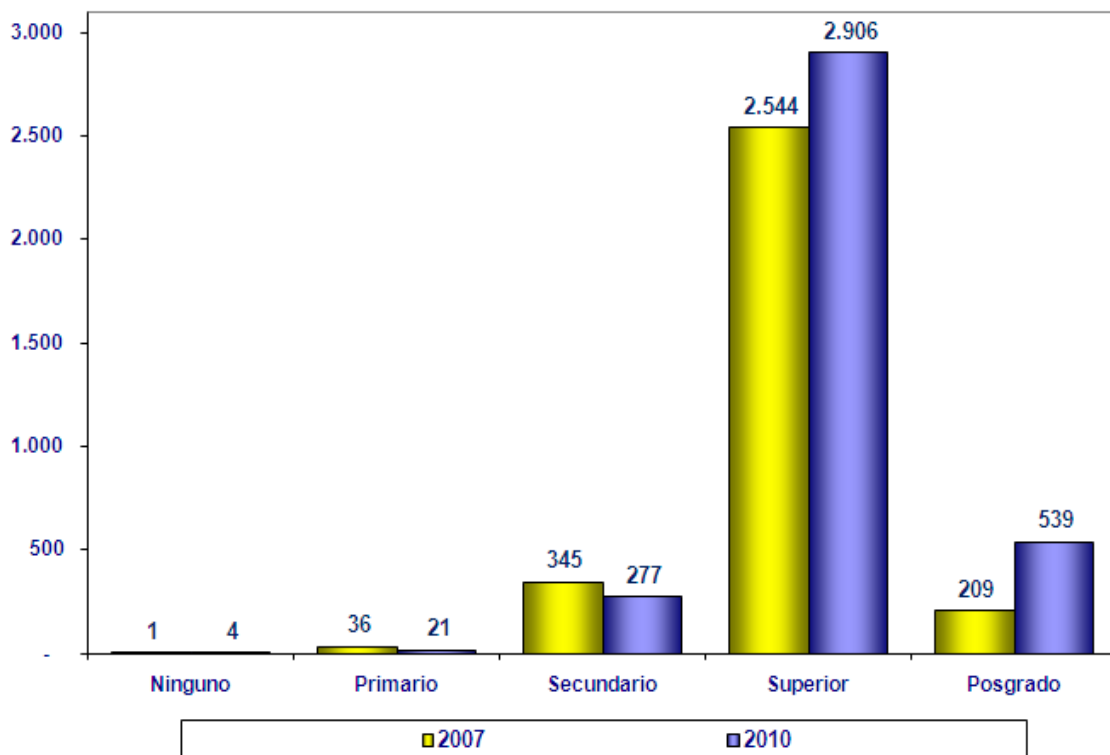


Gráfico 6.- Nivel de instrucción de funcionarios judiciales

Como se observa en el Gráfico 7, el personal de las dependencias judiciales que no tiene ningún tipo de afinidad con la carrera de Derecho, alcanza un porcentaje de casi el 50%. Esto significa que no se ha tratado de solucionar de manera competente y eficaz este problema; ya que si hablamos de la necesidad de tramitar un número mayor de causas, se debería contratar a quienes posean el conocimiento en esta materia. Las estadísticas muestran que la realidad está muy lejos de un sistema judicial ideal.

Sin dejar de lado que muchos de ellos llegan a estos cargos sin un concurso de méritos y oposición sino que existen casos en los que el tráfico de influencias está presente.

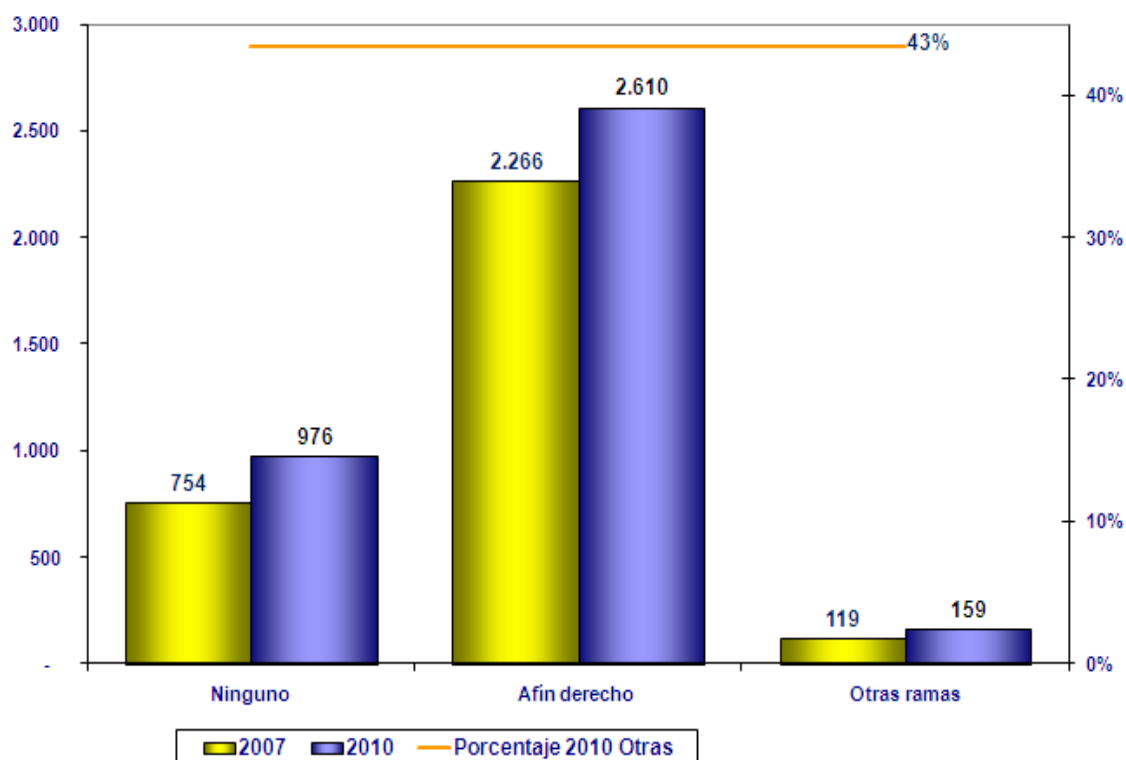


Gráfico 7.- Especialización de los funcionarios judiciales.

La falta de personal “especializado” y competente en las dependencias judiciales es uno de los factores primordiales que atribuyen a la vulneración del derecho al acceso a la justicia.

Otro de los factores es la escasez de herramientas tecnológicas o instrumentos de trabajo que agilitarían los procesos, los equipos existentes no son modernos o son discontinuados debido a su antigüedad. Aunque se ha adquirido nuevo equipamiento, este ha tenido que ser de bajo nivel tecnológico, debido a la realidad del obsoleto sistema ya disponible en las dependencias. En esta realidad el acceso a internet también es muy limitado. Los datos más específicos los podemos observar en el Gráfico 8.

Los juzgados en algunas ocasiones no cuentan con un sistema computarizado, la forma de archivo de los procesos se vuelve precaria con el transcurso del tiempo y la información que es primordial dentro de los juicios desaparece.

Los sistemas judiciales de la región latinoamericana en el ejercicio de sus funciones se han quedado atrás en su organización interna, así como su capacidad para satisfacer las demandas de la sociedad.³¹

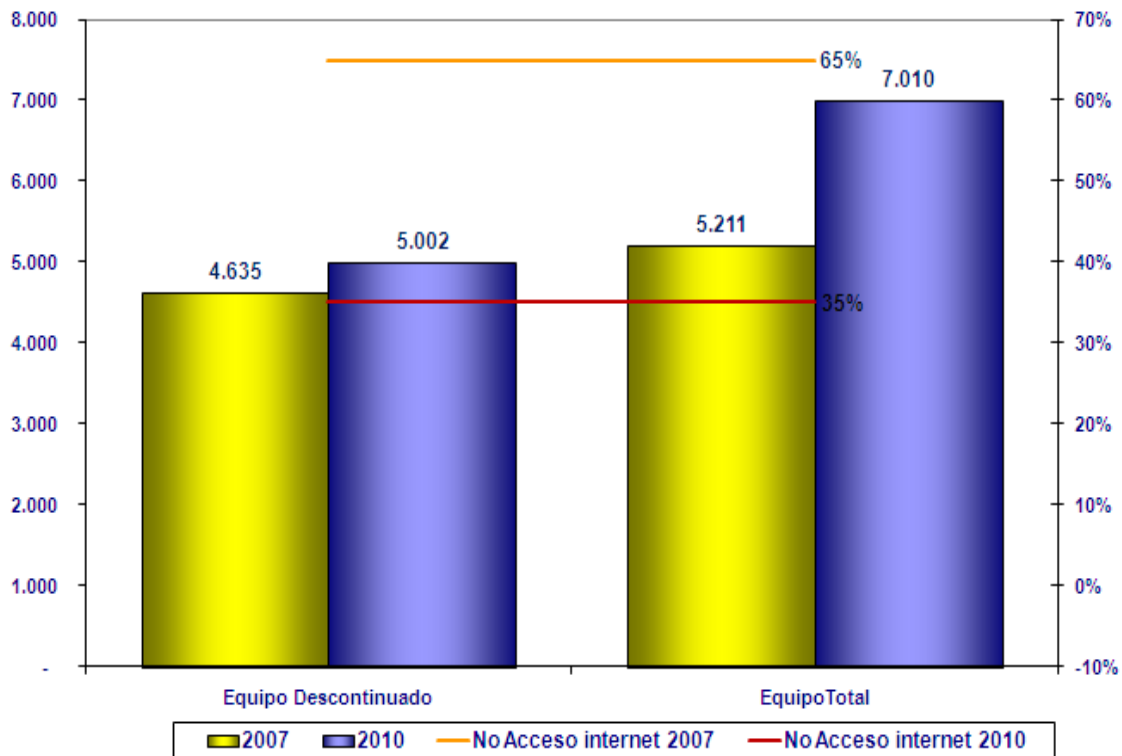


Gráfico 8.- Equipo tecnológico dependencias judiciales

Como siguiente facto analizaremos el caso de la infraestructura en las dependencias judiciales. El 33% de las dependencias judiciales no cuentan con una sala de archivo y es por este motivo que existen pérdidas del contenido físico de los procesos, así como 44% de los juzgados no cuentan con salas de audiencias indispensables para el desarrollo del proceso. Estos datos que se encuentran representados en el Gráfico 9.

Demuestran por ejemplo que entre los años 2007 y 2010 ha disminuido en un 22% el porcentaje de los juzgados que disponen con sala de audiencias.

³¹ Ibíd. p. 18.

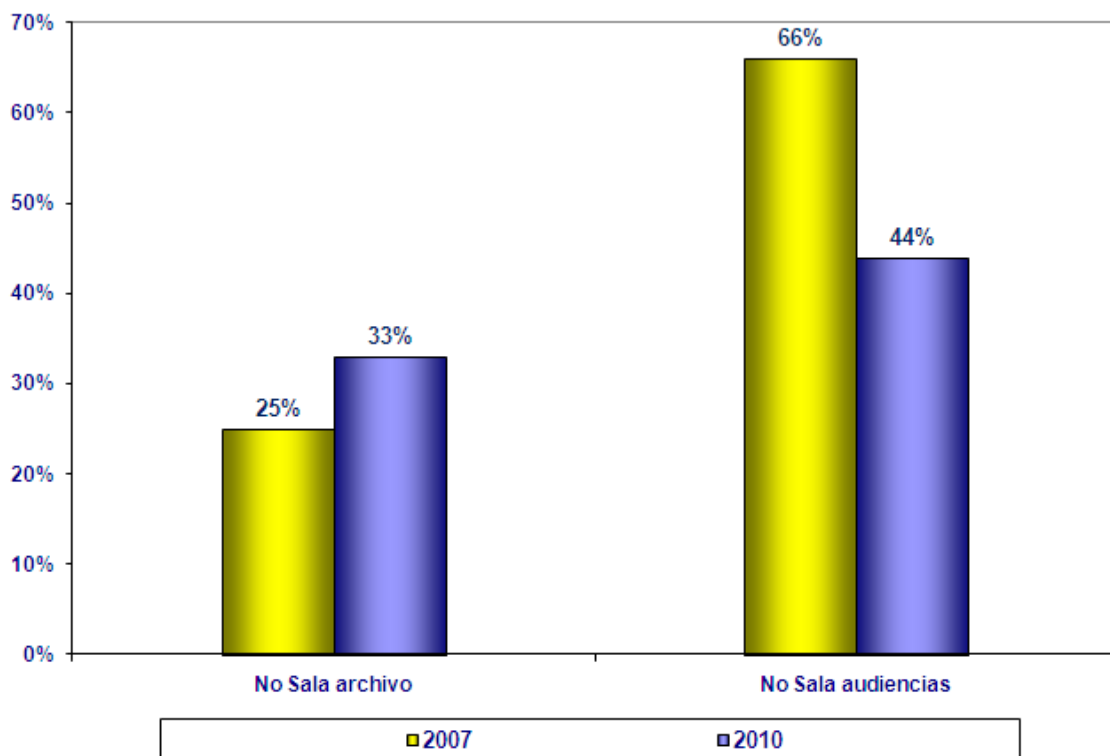


Gráfico 9.- Infraestructura dependencias judiciales

Otro tema importante que debemos tratar es el de las dilaciones que se presentan en el proceso. Como punto de partida podemos mencionar que el tiempo estimado para la resolución de un caso, no se puede determinar con exactitud. Pero sí podemos asegurar que los términos determinados por la ley muy pocas veces se cumplen. Esto se debe a causas mencionadas en párrafos anteriores, pero también al excesivo formalismo al momento de aplicar las leyes por parte de los funcionarios, dejando en la indefensión muchos derechos fundamentales de grupos vulnerables.

La aplicación de las leyes debe responder a la protección de derechos reconocidos en la Constitución Política e instrumentos internacionales, sin embargo en algunas ocasiones se evade su aplicación y esto se debe en parte al desconocimiento en materia de derechos humanos por parte de los funcionarios, abogados patrocinadores, jueces o al caso omiso que pueden hacerse a las mismas y a pesar de la existencia de una ley, no se ha expedido el reglamento correspondiente para su aplicación.

1.3.3 Corrupción y el Alto Costo de la Justicia

Según la Organización de Transparencia Internacional, en su informe de noviembre de 2009, el Ecuador ocupa el puesto 146 de 180 países con altos niveles de corrupción.³²

Es inevitable, de esta forma, que el sistema de justicia esté exento de esta realidad. Esto se refleja al momento de que las causas se estancan dentro de los juzgados y por consiguiente, para obtener una pronta respuesta o evitar esta situación, se debe cancelar un valor adicional a las tasas judiciales, es decir, se debe recurrir al cohecho.

Como demuestra el Gráfico 10, existe un alto índice de corrupción dentro de las dependencias judiciales y se convierte en una constante latente sin importar el paso de los años. Pero este, no es lo único problema que aquí se presenta sino también que hay un grave abuso de la autoridad que ostentan quienes otorgan este servicio público, que se refleja en un alto nivel de violencia física o psicológica por parte de los funcionarios a los usuarios del sistema.

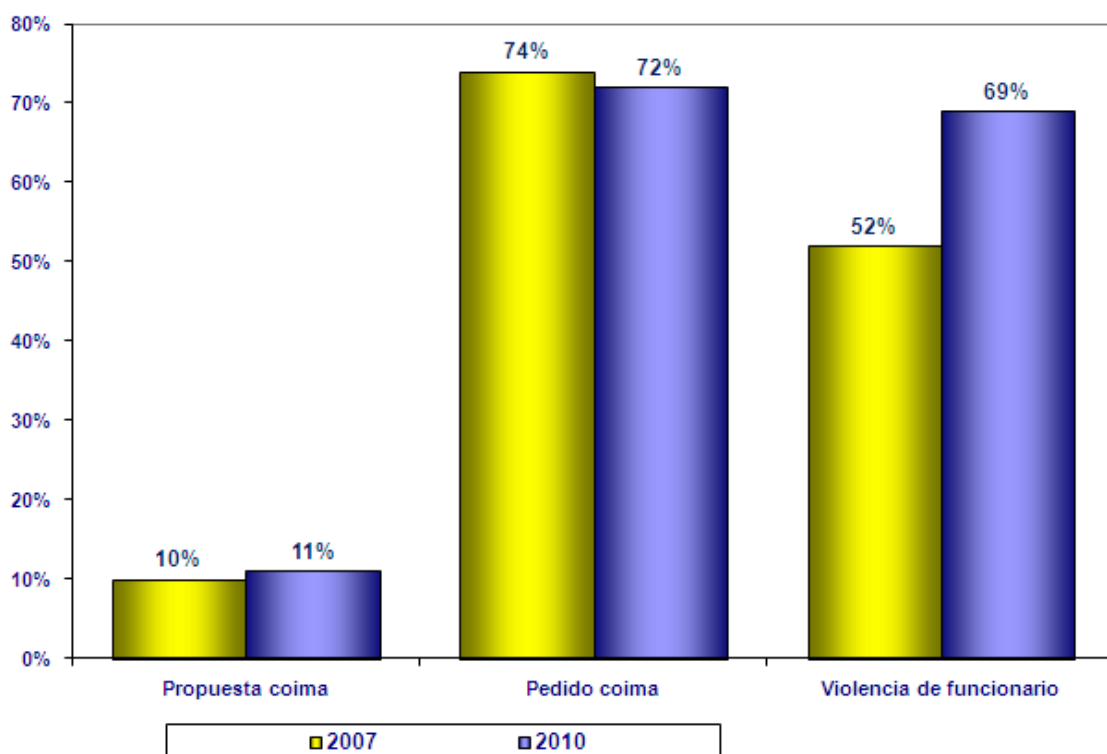


Gráfico 10.- Corrupción en el sistema judicial

³² Organización de Transparencia Internacional. Internet: www.transparencia.org.es. Acceso: 04-abril-2010.

El principio de un acceso a la justicia gratuito en la realidad no existe, un proceso bajo estas circunstancias es inaccesible para los que no disponen de recursos económicos; los costos aumentan en cada etapa.

La dilación injustificada, la corrupción y el desconocimiento de los derechos generan que la justicia se vuelva un privilegio de quienes si pueden costear estos valores. Sin embargo, no podemos buscar una cifra con valor monetario porque este costo se extiende a valores que no pueden cuantificarse, por ejemplo, cuando se vulneran derechos como el de la libertad, y el tener una vida digna.

El problema va más allá del soborno de funcionarios, que como se dijo aumenta los costos del proceso. Los casos de conflictos de intereses e incompatibilidades entre quienes ocupan los cargos del sistema son problemas éticos en América Latina, por razones culturales, a veces no son percibidos como tales.³³

El Gráfico 11 refleja que Ecuador no está lejos de ello, pues no solo son los funcionarios quienes solicitan que se les pague con la finalidad de agilizar los trámites, sino que se ha convertido en una práctica de la cotidianidad del ejercicio profesional. Que los abogados sean quienes sugieren que se haga este tipo de pagos por parte de sus clientes y los ciudadanos no lo ven como un acto que se deba reprochar sino que se lleva implícito como uno de los gastos que hay que realizar dentro de las dependencias judiciales. Y sin lugar a dudas se manifiesta también un sistema corrupto dentro de los concursos de méritos y oposición para la selección de nuevo personal.

³³ Carmen Reyna de Roche. Op. Cit., p.93.

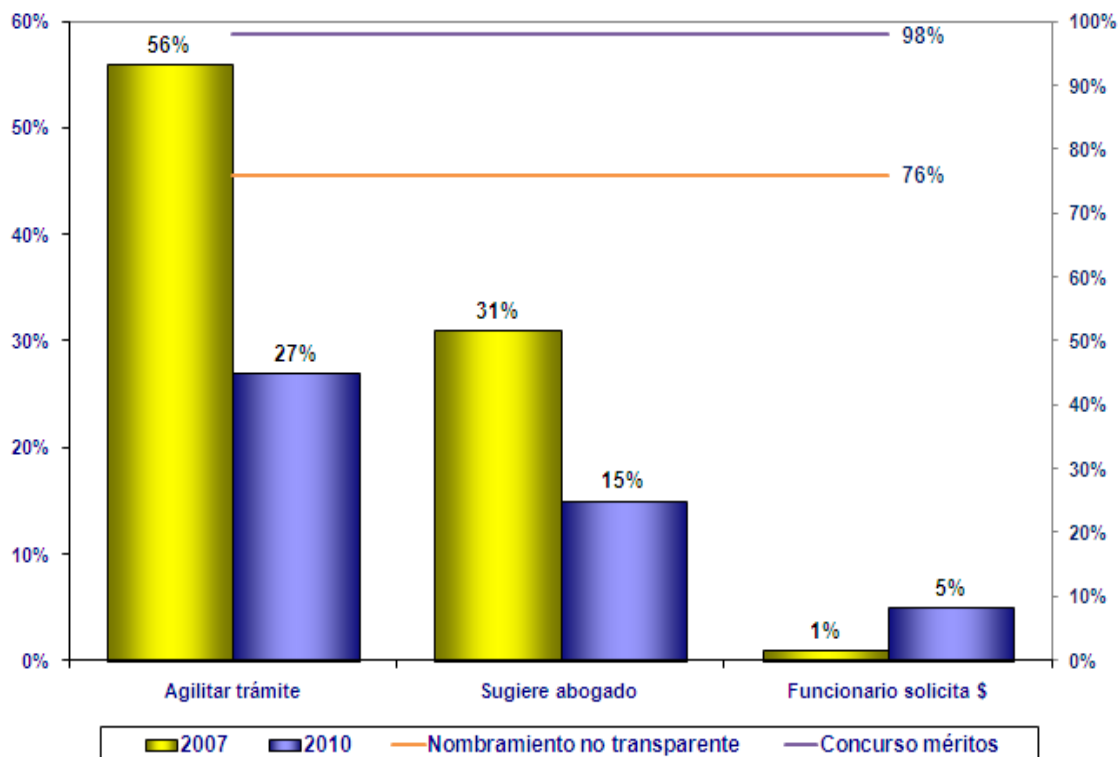


Gráfico11.- Formas de corrupción

El pago de un precio no solamente se presenta dentro de los tribunales sino también al momento en que se deben cancelar los honorarios del abogado patrocinador, un costo que no suele estar al alcance de todas las personas. Aunque el Estado ha procurado implementar el sistema de la Defensoría Pública, ésta suele centrarse en temas penales, dejando de lado otro tipo de materias que también podrían necesitar este tipo de servicio.³⁴

Este patrocinio otorgado por el Estado corre la misma suerte que otros servicios estatales. En poco tiempo se ve saturado, aunque se tenga la voluntad de servir. Muchas son las razones para que no se otorgue un servicio de calidad: la falta de personal, de salarios acordes a la carga laboral, el exceso de causas que debe llevar un solo empleado, entre otras.

Pero los sectores que reciben mayor impacto con esta situación son los sectores de bajos recursos y más aún los sectores denominados vulnerables de la sociedad como por

³⁴ Ibíd., p. 95.

ejemplo el sector de la niñez y adolescencia quienes deberán tener atención prioritaria según lo establece la Constitución Política en su artículo 35:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

Según los datos existentes al momento, los juzgados de niñez y adolescencia presentan una sobrecarga de causas que no han podido ser resueltas en un tiempo razonable, según “cifras del Consejo Nacional de la Judicatura del año 2008 alrededor de 10000 causas se encuentran represadas a nivel nacional. Sin dejar de mencionar que para obtener sentencia en juicios de alimentos se debe esperar alrededor de un año, y en otros casos pueden pasar varios años para que se concluyan”.³⁵

Bajo estas circunstancias el Estado debe encontrar soluciones emergentes que puedan garantizar este derecho de manera real, a corto plazo, ya que el ejercicio de este derecho tiene un escenario poco alentador. El sistema de justicia tradicional, por así decirlo ha fracasado y se deben buscar nuevas alternativas.

Dado que el sistema judicial es el principal responsable de la interpretación y de aplicación de las leyes, los tribunales cumplen un papel fundamental a la hora de garantizar la puesta en práctica de los derechos y las libertades protegidos, y las insuficiencias del sistema ponen en peligro la capacidad del individuo para acceder a la justicia. El derecho a la protección judicial se ve obstaculizado por retrasos constantes en el sistema judicial, barreras a la administración imparcial, que concluyen en corrupción.³⁶

Por todos estos motivos, es indudable que la imagen de los organismos judiciales en el Ecuador, esté desgastada y así la ciudadanía poco a poco ha ido perdiendo la confianza en

³⁵ Geovanny Tipanluisa. “La justicia para los niños”. *El Comercio*. Sábado 17 de abril de 2010, Cuaderno 1, p. 6.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador*. Internet: www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Resumen.htm. Acceso: 23-febrero-2010.

el sistema. Al no tener una respuesta a sus requerimientos, se desvanece la credibilidad tanto judicial como del sistema de gobierno. Para entender de una manera más adecuada es necesario revisar los datos del Gráfico 12.

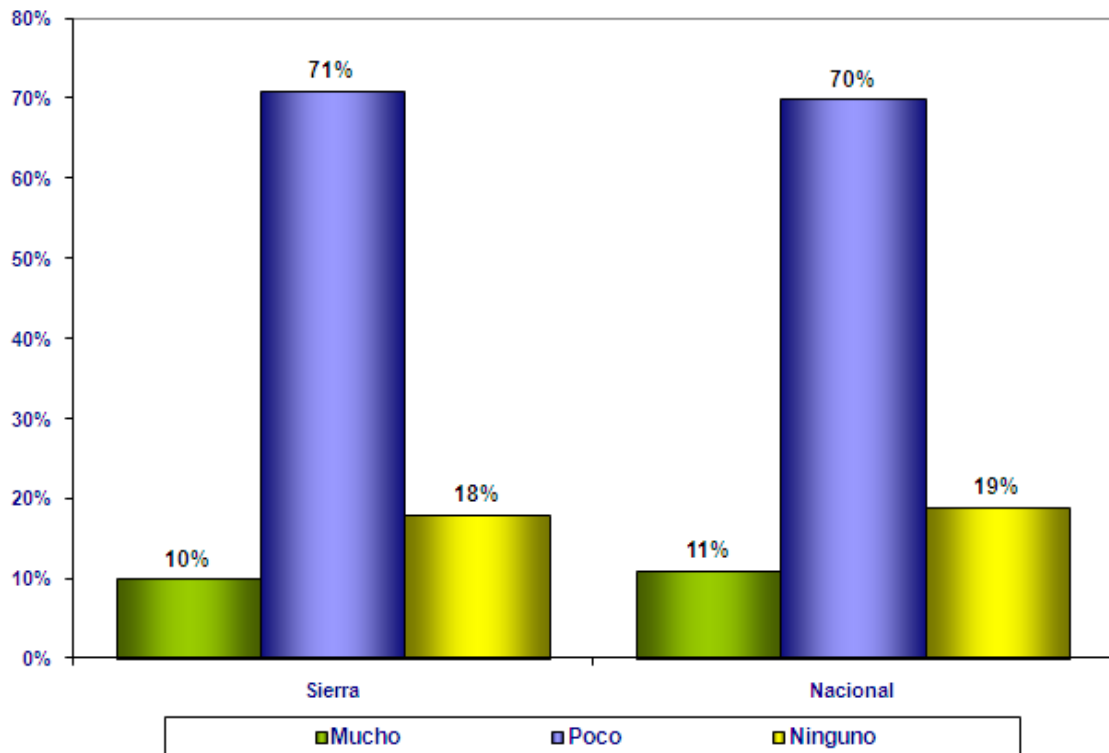


Gráfico 12.- Credibilidad de la ciudadanía en el sistema judicial

1.4 Métodos Alternativos como mecanismos de Acceso a la Justicia

Es evidente que la crisis del sistema judicial no se puede solucionar de manera inmediata, pero el Estado reconoce la necesidad de plantear nuevos mecanismos que si puedan responder a estas pretensiones, es decir un sistema complementario al tradicional.

Partimos este análisis entendiendo como punto importante, que la sociedad desde hace mucho tiempo ve como la opción más común para solucionar sus conflictos, el acudir al sistema judicial. Predominando de esta manera “el litigio” para solucionar controversias. Los autores denominan a esta situación como la “cultura del litigio”, que convierte a quienes intervienen en la litis en adversarios donde existe un ganador y un perdedor.

Todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión a la autoridad, toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución.³⁷

Sin embargo existen otras formas para ello, es aquí donde debemos mencionar a los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) o conocidos también como mecanismos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD).³⁸

La aplicación de estos mecanismos se ha proliferado en los últimos años, pero no podemos hablar de su reciente aparición, ya que estos han sido para las civilizaciones antiguas como la Hebrea y la China, la primera opción para resolver controversias, es decir, el método alternativo en realidad era el sistema judicial.

En el Derecho Romano las partes de común acuerdo elegían a un tercero para que resuelva las controversias, este procedimiento se hacía sin la intervención de la autoridad pública. A partir de la Ley de las XXII Tablas se establece límites para la aplicación de la justicia privada, es decir, al acuerdo al que podían llegar las partes. Durante el Imperio coexistían el proceso público donde un magistrado decidía las sanciones de interés colectivo y el proceso privado donde el papel fundamental lo ejercían las partes ya que el magistrado limitaba su acción al manejo y control del proceso.³⁹

En la actualidad podemos observar que también el sistema judicial y el extrajudicial coexisten con la finalidad de que la ciudadanía tenga varias opciones al momento de resolver sus conflictos. Lo que se busca con ello es que el sistema judicial sea complementado con los MASC para que se haga efectivo el acceso a la justicia. Para fortalecer a la Función Judicial y su cometido de resolver disputas sobre derechos reclamados por ciudadanos, en varios países del mundo y, relativamente hace poco en

³⁷ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, AD-Hoc, 2ª Ed., 1998, p.25.

³⁸ Jaime Vintimilla Saldaña. “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación” *Revista MASC Ecuador*, N°1, Quito, 2005, p.9.

³⁹ Rodríguez Carla. *Arbitraje y Amparo*. Internet: www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol2/capitulo13_arbitraje_y_amparo.pdf. Acceso: 15-Mayo-2010.

Latinoamérica, se han empezado a desarrollar los llamados medios alternativos de solución de conflictos.⁴⁰

Sin dejar de lado que a los MASC se los presenta como respuesta inmediata a la grave crisis que sufre el sistema judicial, se los determina como “mecanismos extrajudiciales que la ciencia procesal ofrece a los jueces como alternativas viables para descongestionar la función y ayudarles en su importante tarea”.⁴¹

Algunas de las ventajas que mencionan Elena Highton y Gladys Álvarez de estos procedimientos son: el ahorro de tiempo y dinero, evitando sobrecarga procesal y procesos que estén acordes a las necesidades únicas de las partes con mejores resultados. Por estas características se pueden resolver un número elevado de causas de manera más eficiente teniendo como consecuencia un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia.

Estos mecanismos buscan que la solución de los conflictos surja de las partes, sin tener la necesidad de acudir a las dependencias judiciales, ya que muchas de las veces las causas que se inician, podrían resolverse a través de estos métodos. Lo que se lograría con esto es que los organismos de justicia tengan que resolver los problemas que en realidad necesiten de su intervención.

Ahora es importante empezar con el análisis de las características comunes de estos mecanismos para entender la forma en que funcionan y para ello enunciaremos los procesos más conocidos o tradicionales.

Los métodos pueden ser adversariales y no adversariales⁴² también conocidos como los métodos confrontativos y no confrontativos.

⁴⁰ Héctor Romero Parducci. “Medios alternativos de solución de conflictos”. *Revista MASC*, Quito, 1997, p.1.

⁴¹ Jaime Vintimilla Saldaña. Op. Cit.p.9.

⁴² Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.119.

1.4.1 Métodos Adversariales

Se los utiliza cuando el acuerdo de las partes o la resolución directa no ha funcionado, se busca un tercero que resuelva la situación y se ponga fin a la controversia. Esta decisión no siempre beneficia a las dos partes, sino que hay una parte que gana y otra que pierde. Dentro de estos tenemos

- Arbitraje
- El procedimiento judicial (litigio)
- **Arbitraje.-** Es un método que da resolución rápida a los conflictos, es menos formal que un juicio, las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición. Sin embargo son las partes que pueden elegir la elección de los árbitros o la institución que los provee.⁴³

La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 1 define al sistema arbitral como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

1.4.2 Métodos no Adversariales

Las partes son quienes directamente logran la mejor solución, con o sin la intervención de un tercio que ayuda en el manejo del conflicto, pero sin que éste resuelva. Creando una situación de colaboración de las partes a futuro. Aquí podemos mencionar:

- Mediación
- Negociación
- Conciliación

⁴³ Ibíd., p. 120.

1.4.2.1 Mediación

Es un proceso en el cual las partes buscan un acuerdo, a través de una negociación asistida por un tercero neutral. Pero todo lo referente a este tema se desarrollará en el segundo capítulo de este trabajo.

1.4.2.2 Negociación

Es un proceso en el cual intervienen dos o más partes, de forma voluntaria, de manera informal, buscando un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes. Se la define como “es un proceso de mutua comunicación encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos”⁴⁴

1.4.2.3 Conciliación

Es un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en que puede ayudar un tercero quien interviene entre las partes en forma oficiosa y desestructurada, para dirigir la discusión sin un rol activo. Esta facilitación de acuerdo puede darse por un juez, que puede convocar a las partes en litigio a fin de que las partes lleguen a un avenimiento.⁴⁵

En el siguiente gráfico⁴⁶ muestra un resumen de las características esenciales de cada uno de los métodos de resolución de conflictos, tanto el judicial como los extrajudiciales:

⁴⁴ William Ury, “*Supere el No. Como negociar con personas obstinadas*”. Colombia, Editorial Norma, 2ª Ed., 1993, p.10.

⁴⁵ Elena Highton y Gladys Álvarez. Op. Cit. p. 120.

⁴⁶ Nota: el grafico se basa la información de la tabla desarrollada por Antonio Romero Gálvez, *Medios alternativos de resolución de conflictos*.
<http://www.gestiopolis.com/recursos4/docs/ger/mediosalternativos.htm>. Acceso: 30-06-2010.

Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y el Sistema Judicial

Factor / Métodos resolución	Negociación	Mediación	Arbitraje	Proceso judicial
Formalidad	Informal	Informal	Semiformal	Estructurado
Carácter reservado	Privado	Privado	Privado	Público
Personas comprometidas en el proceso	Partes	Partes/Tercero	Tercero Elegido	Tercero NO Elegido
Decisión	Partes	Partes	Árbitro	Juez
Nivel de coerción u obligación de acuerdos	Sí Acuerdo	Sí Acuerdo	Obligatorio	Obligatorio
Obligación de participación	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Obligatorio

Cuadro.2 Características de los MASC y el Sistema Judicial

En el caso de Ecuador en el año 1997, se expide la ley de arbitraje y mediación que determina el procedimiento a seguir en el caso de aplicación de estos métodos, ley que ha tenido algunas reformas pero sigue vigente y también el Estado los reconoce constitucionalmente en el Capítulo Cuarto de la Función Judicial, Sección Octava, en su artículo 190, que dispone:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Como habíamos mencionado en párrafos anteriores el Derecho debe adaptarse a los cambios sociales, las legislaciones se deben adecuar a estas necesidades, por este motivo se han reconocido a los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, para tratar de que todas las personas tengan un acceso real a la justicia.

Los MASC se enrumban hacia la consolidación de una democracia madura basada en el protagonismo de las partes, pues evitan desgastes emocionales innecesarios, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y generalmente permiten un ahorro económico sustancial.⁴⁷

⁴⁷ Jaime Vintimilla Saldaña. Op.Cit., p.10.

CAPÍTULO II

MEDIACIÓN UN MECANISMO EFECTIVO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Como se mencionó en el ítem 1.4, la mediación es uno de los métodos alternativos de solución de conflictos. En esta sección se ampliará este tema fundamental para desarrollo de este trabajo. Encontraremos un análisis de la mediación, sus características, sus principios y un acercamiento a este procedimiento.

2.1 Antecedentes Históricos

Es importante señalar el proceso de evolución que ha tenido la mediación como método de resolución de conflictos, ya que si bien es un mecanismo que se ha puesto en auge en la actualidad, éste ha estado ya presente en la sociedad, desde la antigüedad en civilizaciones tales como la ateniense, china, japonesa, africana, mexicana e incaica.

En sus primeras manifestaciones, la mediación tiene una relación muy estrecha con la filosofía, ya que se entendía, que los conflictos tenían repercusión con los elementos superiores del ser. “Los griegos hablaban de la necesidad de relacionar dos elementos distintos, hablaban de la situación intermediaria que tenía el ser humano como facilitador en la relación de dos mundos el de Dios y el alma”.⁴⁸

A partir del siglo IV, aproximadamente, Atenas se convirtió en una civilización modelo, con sistemas a seguir, como el judicial. Se tiene como antecedente que se nombraban los “Thesmotetas para que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al litigio, cumplían la función de disuadir los espíritus en crisis para avenirlos.”⁴⁹

En el siglo V a.C. “Confucio hablaba de la resolución pacífica de los conflictos ya que sostenía que la armonía natural de las relaciones humanas no debía ser interrumpida, es

⁴⁸ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.144.

⁴⁹ Jay Folberg, Alison Taylor, *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, México D.F., Limusa, 1992 p.21,22.

decir, la resolución óptima de las desavenencias se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, no bajo coacción”⁵⁰.

En Japón y África se buscaba a líderes dentro de las comunidades que se habían ganado el respeto para encaminar un acuerdo de las partes, dentro de las asambleas o de manera directa, era una actuación informal, donde no se imponía su autoridad para resolver los conflictos, sino que conducía a las partes para alcanzar la solución.⁵¹

Acercándonos un poco más a nuestra realidad tenemos al Imperio Inca, como lo mencionamos en párrafos anteriores tenían la figura del mediador como la conexión de los mundos; el Sepa-Inca se convertía en el mediador entre el Dios Sol y el pueblo.⁵²

En la caída del Imperio Incaico ante la conquista española podemos destacar una aproximación al proceso de mediación, cuando Fray Vicente Valverde intervino para mejorar las relaciones de Francisco Pizarro y Atahualpa.⁵³

En México los pueblos indígenas lograron que sus costumbres culturales acerca del equilibrio entre las relaciones interpersonales puedan ser aplicadas cuando existían controversias con los castellanos.⁵⁴

Es evidente de esta manera que las sociedades han buscado las soluciones directas para tratar los conflictos, no por la inexistencia de organismos judiciales en sí, sino porque se quería precautelar la relaciones en beneficio de la sociedad.

Pero es en el Derecho Internacional donde la mediación aparece como un método consolidado, a partir del tema de la reglamentación de la guerra, donde se buscaba que los Estados que se encontraban en controversia recurran a la mediación para resolver sus

⁵⁰ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit.,p.145.

⁵¹ Cfr. Jay Folberg, Alison Taylor. Op.Cit., p.22.

⁵² Cfr. Carlos Rojas. *Latinoamérica cien años de filosofía*, San Juan de Puerto Rico, Isla Negra, 2002, p. 245-248.

⁵³ Cfr. Raúl Porras Barrenechea, *Cartas del Perú 1524-145*.Lima, Bibliófilas, 1959, p .190-194.

⁵⁴ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.145.

disputas, antes que acudir a un conflicto bélico. “La mediación gana perfección con la Primera conferencia de la Paz de la Haya el 29 de junio de 1899.”⁵⁵

En el año 1997, promulgó Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación, estableciendo los procedimientos a seguir de manera general, derogando las leyes que se encontraban de manera dispersa hasta ese momento.

En 1998, la Constitución Política reconoció los métodos alternativos de solución de conflictos entre ellos el arbitraje y la mediación que, aún con la reforma que se dio en el 2008, se mantienen vigentes.

2.2 Definición⁵⁶

La doctrina define a la mediación como “un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo”⁵⁷.

Encontramos también una definición de la mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en el Ecuador que en el artículo 43, establece:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

En este caso la definición de la ley impone una limitante en el proceso de mediación, al determinar que éste solo podrá ser efectuados en casos de materia transigible, esto quiere decir que se puede someter a acuerdos siempre y cuando no sean derechos irrenunciables

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Cfr. Jay Folberg, Alison Taylor. Op. Cit. p. 27-52.

⁵⁷ Jay Folberg, Alison Taylor. Op. Cit. p. 27.

en los cuales las partes no tienen facultad para disponer; la mayoría de casos se puede presentar en el ámbito penal, entre otros.

Cuando existen conflictos las partes involucradas llevan consigo una posición o una visión distinta de las controversias, es decir, su forma de asimilarlo no es igual, encontrándose en una evidente oposición.

Ante esta situación, como primera opción las personas tratan directamente el conflicto; pero cuando esto no funciona y el problema se profundiza se pide la intervención de un tercero para encontrar una solución. Esta intervención puede ser coercitiva o no.

Cuando no existe coerción y el tercero que interviene solo ayuda a las partes a encontrar una respuesta que satisfaga sus necesidades, hablamos de mediación. En este sentido podemos decir que la mediación es una negociación asistida.

Para poder aproximarnos a una definición vamos a tomar los elementos que mencionamos en los párrafos anteriores⁵⁸:

- **Las partes en oposición** (cada parte puede ser una persona o un grupo de personas)
- **El conflicto**
- **Un tercero imparcial / neutral** (se lo denomina **Mediador**)

Podemos entender en este sentido que la mediación es un proceso por el cual las partes encuentran una respuesta, afrontando el conflicto de manera estructurada con ayuda de un tercero. Se otorga con esto a las partes el poder de dirimir o decidir la mejor opción antes sus necesidades, colaborando entre sí para que el beneficio sea mutuo y justo.

Existen también autores que determinan que la mediación es un “procedimiento no adversarial en que un tercero imparcial, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas encuentren el punto de armonía en el conflicto”.⁵⁹

⁵⁸ Cfr. Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.145-201.

⁵⁹ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.195.

De esta forma se logra que las partes eviten estar en posiciones contrapuestas y que consiguientemente, compartan un objetivo común, que es llegar a un acuerdo mediante un proceso informal (si se lo compara con el proceso judicial) y flexible, es decir, el proceso se adaptará a las necesidades de cada caso. “El proceso de mediación es substancialmente el mismo para todos los participantes y todas las situaciones, pero las técnicas, el programa y las tareas a realizarse deben variar para ajustarse a las circunstancias, a los participantes y al carácter único del mediador”⁶⁰

Al tener un acercamiento a la definición de la mediación como mecanismo de acceso a la justicia, se deben analizar características importantes que están presentes en este proceso, para complementar lo se ha desarrollado en los párrafos anteriores.

2.3 Características Esenciales

El proceso de mediación debe estructurarse de acuerdo a características fundamentales o principios, que sirven como lineamiento en la aplicación de este mecanismo para poder responder de manera adecuada en el manejo del conflicto.

La mayoría de autores coincide al mencionar los siguientes principios:

- Voluntariedad
- Confidencialidad
- Autodeterminación / Autocomposición
- Imparcialidad/ Neutralidad

2.3.1 Voluntariedad

Cuando se menciona a la mediación como un método alternativo al sistema judicial para resolver conflictos, debemos tomar en cuenta algunas características presentes para

⁶⁰ Jay Folberg, Alison Taylor. Op. Cit. p. 33.

diferenciarlo de éste. Y una de estas diferencias es el principio de voluntariedad; cuando las partes acuden a resolver sus controversias sin sentir que deben cumplir con algún tipo de obligación al hacerlo; es decir, las partes asumen que la mediación es el método que va responder a sus necesidades y tienen la libertad de escogerlo no.

Las partes exclusivamente son las llamadas a decidir si se someten o no al procedimiento y hasta cuando desean utilizarlo, los disputantes manejan este procedimiento libremente facilitados por un tercero hasta que se sientan cómodos.⁶¹

La voluntariedad debe estar presente en las dos partes que acuden al proceso, ya que si una tiene la voluntad de seguirlo y la otra no, no existe un mecanismo que la obligue. “La voluntariedad es a su vez uno de los límites de la mediación, ya que si ella no está presente, no puede realizarse”⁶².

Es muy común, cuando existe un contrato, que las partes de común acuerdo establezcan la cláusula en que se determina agotar el mecanismo de mediación antes que cualquier otro procedimiento para resolver conflictos. Esta cláusula establecida no vulnera la voluntariedad de las partes ya que no se les impone este mecanismo de resolución. Contrario a lo que sucede cuando ley determina de manera directa que debe ser el procedimiento a seguir para resolver controversias en el sistema judicial.

2.3.2 Confidencialidad

Este principio precautela la información que se maneja dentro del proceso, está muy relacionado con el carácter privado de la mediación. Es fundamental que para que las partes lleguen a un acuerdo tengan un ambiente en el cual puedan dar toda la información necesaria, sin que esta sea usada con otros fines que no sea el de llegar a un acuerdo. Este principio “implica que todo lo que se diga en el proceso debe mantenerse en secreto para los terceros ajenos a la mediación”.⁶³

⁶¹ Jaime Vintimilla. Op.cit. p. 12.

⁶² Marínés Suares. *Mediando en sistemas familiare*. Buenos Aires, Paidós, 2002, p.28.

⁶³ *Ibíd.* p. 36.

La ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación también habla de este principio en el artículo 50 que determina:

La mediación tiene carácter confidencial. Los que en ella participan deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

El carácter confidencial se lo maneja en varias perspectivas: primero, tenemos la del mediador que no debe dar ningún tipo de información a terceros respecto de lo tratado en la mediación; segundo, tenemos que cuando existe la necesidad de entablar una entrevista individual con una de las partes, el mediador no debe dar esta información a la otra a menos que tenga un permiso previo y tercero, las partes no pueden usar esta información en caso de que no se llegue a un acuerdo y se tenga que acudir a los tribunales de justicia. “Lo revelado dentro de la audiencia no podrá ser utilizado fuera de ella, sobre todo si no hubiere acuerdo y se continúe en juicio o arbitraje”.⁶⁴

Sin embargo, este principio tiene una excepción: si en el proceso de mediación una de las partes afirma que ha cometido algún delito, el mediador debe informar de ello a la autoridad competente.

2.3.3 Autodeterminación / Autocomposición

Estos principios se basan en el papel de las partes dentro del proceso, hablamos que en la mediación quienes tienen el papel de decidir acerca de la solución al conflicto son las partes. Es aquí donde se presenta la autodeterminación cuando las partes pueden establecer la solución más adecuada a sus conflictos.

Cuando las partes son quienes deciden como se debe resolver el conflicto y encuentran una solución conjunta, el resultado futuro es más efectivo que una solución impuesta por un tercero. “Cuando los contendientes llegan a un acuerdo mutuamente aceptable y

⁶⁴ Zurita Gil Eduardo. *El concepto y carácter de la mediación*. Internet: www.derechoecusdro.com. Acceso: 6-mayo-2010.

voluntario, según lo indica la experiencia, cumplen lo autoimpuesto con mucha mayor frecuencia que en los casos en que la cuestión ha sido decidida”⁶⁵.

Antes de obtener una solución, las partes toman una actitud de colaboración entre sí, plantean sus necesidades y alternativas; y su actitud no solo se limita al proceso de mediación, sino también, tienen una actitud activa dentro del proceso. Es aquí donde se presenta la autocomposición, “las partes se sienten responsables de las consecuencias, y asumen el “protagonismo” en el proceso”.⁶⁶

2.3.4 Imparcialidad / Neutralidad

En las definiciones de la mediación dadas en el ítem 2.2, como un elemento fundamental de ésta, es la imparcialidad o neutralidad que debe mantener el mediador durante el proceso.

Esto significa que el mediador al momento de encaminar a las partes a encontrar una solución, no debe influir o imponer sus opiniones acerca de cómo se debe resolver el conflicto. Tampoco puede tomar partido y debe procurar que las partes tengan una participación equilibrada, donde ninguna de ellas sienta que de alguna forma la otra está recibiendo algún tipo de beneficio por parte del mediador.

La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de la controversia. El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.⁶⁷

Los autores mencionan que existe una diferencia importante entre neutralidad e imparcialidad. Aún cuando en muchos de los casos estos términos se los toma como sinónimos, es indispensable que mencionemos la diferencia entre ellos.

⁶⁵ Elena Highton. Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.96.

⁶⁶ Marín Suárez. Op. Cit., p. 31.

⁶⁷ Elena Highton. Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.217.

La disimilitud entre estas dos características es muy sutil, ya que están estrechamente relacionadas; así podemos definir que la neutralidad es parte del fuero interno del mediador, es decir, que esta debe existir sin depender de la empatía o emociones que puedan surgir en el mediador. Mientras que la imparcialidad son las acciones u omisiones que puede tener el mediador. Así podemos decir que la imparcialidad es la expresión de la neutralidad.

En otras palabras, el mediador puede reconocer quien tiene la razón o sentir afinidad por una de las partes (perdiendo la neutralidad), pero no debe manifestarlo para cumplir con su imparcialidad. “El mediador no puede perder su neutralidad favoreciendo a la parte que advierte en desventaja”.⁶⁸

Imparcialidad implica emitir opiniones no prejuiciosas. La neutralidad es una conducta a seguir en la relación del interventor y los disputantes, y también se expresa en que el mediador no espera beneficios ni pagos especiales de parte de cualquiera o de ambos negociadores solución.⁶⁹

Encontramos que este principio está estrechamente relacionado con el de confidencialidad, esto se presenta el momento en que las partes al no haber podido llegar a un acuerdo y deciden para ello seguir la vía judicial o arbitral, no pueden llamar al mediador como testigo. Además de no poder actuar como abogado de una de las partes, ni como árbitro.

Si el mediador dentro de un proceso de mediación siente que hay situaciones que lo harán perder su neutralidad e imparcialidad con una de las partes, debe evitar realizar la mediación para que las partes tengan iguales oportunidades y no sientan que están siendo perjudicadas con el acuerdo, y se debe pedir un nuevo mediador. En caso contrario, al mediador se le puede iniciar un proceso por colusión y se le aplicarán las sanciones correspondientes.

Respecto a esto la ley ecuatoriana ha tomado la corriente de neutralidad para determinar el rol que debe desempeñar el mediador. Así como también prevé la protección del mediador,

⁶⁸ Op. Cit., p. 205.

⁶⁹ R. Mnookin, D.Kolb, et al, *Mediación una respuesta interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires 1997,p 138.

si el proceso continúa por otra vía. La ley de Arbitraje y Mediación establece en el artículo 49:

Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto, queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Así podemos concluir que el mediador debe tener como cualidades la neutralidad y la imparcialidad, respecto a las partes y al caso. Sin embargo, el término por el cual optaremos en este trabajo es de imparcialidad.

2.4 Principios⁷⁰.

El proceso de mediación responde y aplica de manera oportuna los principios procesales necesarios para hacer efectivo el acceso a la justicia entre ellos los que se presentan a continuación

2.4.1 Principio de inmediación

Se presenta cuando las partes actúan de manera directa en la resolución de conflictos, sin la necesidad de que esté presente un intermediario. “En la mediación es condición imprescindible el contacto directo y personal, ya que las partes se deben responsabilizar directamente por lo que se está tratando (problemas que hacen a su intimidad).”⁷¹

⁷⁰ Cfr. Olivia Cortez. *Reencuentro con los MASC en el Ecuador: Balance de los Diez Años de Aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación*. 25 de Septiembre de 2007. p.6-7.

⁷¹ De la Rúa Mercedes, Troilo Eliana. *Mediación y Derecho de Familia*. Internet: www.justiciacordoba.gov.ar/site/Docs/RevistaCientifica/Mediacion.doc. Acceso: 6- noviembre-2010.

2.4.2 Principio de oralidad

Es en el “cual estos actos extrajudiciales se realizan a viva voz, reduciendo las piezas escritas estrictamente a los acuerdos constantes en el acta de mediación.”⁷²

2.4.3 Principio de Concentración

Se basa en concentrar el mayor número de actuaciones procesales para dar agilidad al proceso. “Se propugna en la realización actos extrajudiciales, como la toma de decisiones para la construcción de los acuerdos, que son plasmados en el acta de mediación”⁷³

2.4.4 El principio de la voluntariedad

Se presenta cuando las partes son quienes pueden en cualquier momento solicitar un proceso de mediación.

2.4.5 El principio de igualdad

En el proceso las partes tienen la oportunidad de dar a conocer sus necesidades y alternativas para tomar una decisión. Como determina “Couture se resume en la bilateralidad en la audiencia, de tal manera que toda petición y pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la otra, principio que se cumple a plenitud.”⁷⁴

2.4.6 El principio de economía procesal

La mediación tiene como facultad el simplificar muchas de las etapas que se pueden presentar en un proceso judicial. “Son aplicables a este principio la simplificación en las formas de abordaje de la mediación, limitación de pruebas, reducción de recursos, economía pecuniaria pues la agilidad caracteriza a la mediación en su parte operativa.”⁷⁵

⁷² Olivia Cortez. Op. Cit. p.6.

⁷³ Ibídem.

⁷⁴ Eduardo Couture. *Fundamentos del derecho Procesal*, Montevideo, B de F, 4ta. Edición.2002. p.155.

⁷⁵ Olivia Cortez. Op.Cit.

2.5 Objetivos.

La mediación presenta dentro de su proceso una serie de objetivos clave, que hace de esta una herramienta útil en la resolución de controversias, entre ellos podemos encontrar los siguientes:

- Busca la colaboración de las partes para satisfacer sus mutuas necesidades, que las partes se conviertan en sus propios jueces.⁷⁶
- Que perdure la relación de las partes en el tiempo, logrando restablecer la relación que se encuentra deteriorada por la existencia de un conflicto.⁷⁷
- Lograr que las partes puedan enfrentar sus conflictos, para que las partes puedan obtener soluciones que respondan a sus necesidades y puedan cumplirlas.
- Que las partes puedan a través de la comunicación y la guía de un tercero encontrar la verdadera causa del conflicto y “corregir percepciones e informaciones falsas que se puedan tener respecto al conflicto y/o entre los implicados en este, y poder llegar a consensuar un arreglo a la controversia.”⁷⁸
- Que las partes obtengan una resolución a sus conflictos en un tiempo más corto y que su costo sea mucho menor, al que se podría dar a través de un litigio. Y de esta forma aportar a la disminución de la carga laboral en el sistema judicial.

2.6 Mecanismo Efectivo de Acceso a la Justicia

Como se mencionó en el Capítulo 1, el acceso a la justicia debe reunir ciertas características o principios, así como también debe responder a ciertas necesidades de la población al momento de ejercer su derecho.

⁷⁶ Roberth Puertas Ruiz. “La mediación prejudicial obligatoria: una propuesta al país.” *Novedades Jurídicas*. Nº 52, Quito, 2010. p. 32-40.

⁷⁷ Cfr. Mercedes De la Rúa, Eliana Troilo. Op. Cit.

⁷⁸ Generalitat Valenciana. *La mediación en la resolución de conflictos*. Internet: www.edu.gva.es/orientados. Acceso: 6- noviembre-2010.

La principal razón para reconocer a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos a la mediación, es porque el sistema judicial ha dejado de ser un mecanismo eficiente de acceso a la justicia. Sin embargo, estos métodos tienen una función complementaria a la que realiza la función judicial.

En países Latinoamericanos se han impulsado mecanismos tendientes a la desprofesionalización y desjudicialización de la resolución de conflictos entre los ciudadanos; entre ellos la mediación. Ya que comparten una desconfianza frente a la justicia formal del Estado para dirimir los conflictos cotidianos entre ciudadanos y pretenden ser las alternativas más próximas al ciudadano ordinario para que pueda resolver en forma más rápida y muchas más adecuada sus conflictos.⁷⁹

Debemos tomar en cuenta que la mediación se la ha reconocido como un mecanismo extrajudicial que puede aplicarse al momento en que las personas buscan una resolución a sus conflictos, aun siendo un proceso informal comparado con el judicial, tiene las garantías jurídicas para obtener iguales o hasta mejores resultados en su aplicación.

Para enfocarnos en este tema es importante citar lo que se establece en Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 17, que la mediación es un mecanismo que ayuda a prestar el servicio público de justicia:

La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, **mediación** y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia en los pueblos indígenas que ejercen autoridad.

⁷⁹ Carmen Reyna de Roche. Op. Cit. p. 105.

Si tomamos atención en las ventajas que se obtienen al aplicar el proceso de mediación, podremos apreciar como ésta se convierte en un mecanismo eficaz para evitar que se vulnere el derecho de acceso a la justicia.

Debemos considerar que quienes se someten al proceso de mediación de manera voluntaria al momento en que llegan a un acuerdo, que el mediador debe transcribirlo en un acta, su cumplimiento se vuelve obligatorio. En este sentido, se garantiza a las partes que el acta de mediación, la misma que sintetiza el acuerdo y se encuentra firmada por las partes, tiene la misma calidad de una sentencia judicial. La ley de Arbitraje y Mediación reconoce este carácter de sentencia esta acta en su artículo 47 inciso cuarto:

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si tiene calidad de cosa juzgada, no puede someterse a ningún tipo de recurso, no se puede volver a tratar el tema sobre el cual se ha convenido, y debe ejecutarse de igual forma que una sentencia de última instancia; es decir, el incumplimiento de la obligación puede llevar a ejercer la vía de apremio.

El objetivo de la mediación es precautelar las relaciones futuras entre las partes, que de una relación que se deteriora puedan surgir muchos más conflictos; por ello busca que el desarrollo de las soluciones parta de ellas; es decir, que quienes intervienen tengan la certeza que están obteniendo una resolución justa.

La mediación busca alcanzar una justicia restauradora que se relaciona con la noción de restaurar entuertos, de desagraviar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar.⁸⁰

⁸⁰ Elena Highton, Gladys S. Álvarez. Op. Cit., p.37.

Si se logra que las partes asuman el lugar de las otras, consoliden alternativas, y resuelvan de manera pacífica sus contiendas, se puede lograr un acuerdo de manera más efectiva, que si se lo siguiera por la vía judicial; ya que el tiempo en que se puede llegar a un acuerdo disminuye, se lo puede obtener en una sola sesión o en un período corto de tiempo comparado al proceso judicial que puede durar años.

Aunque hablamos de procedimiento dentro de la mediación, no debemos imaginar algo parecido a un tribunal, ya que todas las etapas pueden cumplirse en un solo día. Estas fases se hacen en base al conocimiento de la dinámica del conflicto y de una negociación exitosa.⁸¹

Adicionalmente debemos tratar el tema de la presencia de los abogados en los procesos de mediación. En primer lugar cuando las partes optan por este sistema alternativo para solucionar sus conflictos, no existe la necesidad de acudir con un abogado, ya que la naturaleza de la mediación busca que se resuelva el conflicto de manera directa. Sin embargo, las partes pueden acudir acompañados para recibir asesoramiento, si creyeren conveniente, o pueden ser estos quienes asistan a las audiencias en caso de que las partes así lo determinaran.

Si la mediación es un proceso en el cual las partes pueden obtener: una resolución con la suficiente seguridad jurídica en base a su cumplimiento, resultados en un corto plazo, que las relaciones sociales no se deterioren y que el costo del proceso en sí disminuya de manera notable comparado con el judicial; se lograría que el servicio de justicia mejore de manera notable en donde los únicos beneficiados resultan los ciudadanos.

Gladys Álvarez y Elena Highton recomiendan en su obra de manera especial qué tipo de casos demuestran un mayor éxito en procesos de mediación. A continuación citamos algunos de ellos⁸²:

- Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema y no con la relación.

⁸¹ *Ibíd.*, p.229.

⁸² *Cit.pos.* Elena Highton, Gladys S. Álvarez. *Op. Cit.*, p.201.

- Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto.
- Cuando existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.
- Cuando la ley no prevé la solución que desean las partes (por ejemplo cuestiones de familia que no hay reclamos legalmente fundados).
- Cuando la causa de conflicto radica en una falta de comunicación previa.
- Cuando se quieren minimizar costos.
- Cuando se quiere resolver el conflicto rápidamente.

Es así, que la mediación puede ser aplicada en los diferentes ámbitos, por ejemplo: conflictos laborales, de familia, linderos, ambientales, inquilinato, de comunidad, comerciales, entre otros. En este caso se va a concentrar en el desarrollo de la derivación judicial de causas en materia de niñez y adolescencia a centros de mediación.

Si consideramos que, para tener un verdadero ejercicio del derecho de acceso a la justicia, es necesario un proceso apegado a los principios de celeridad, igualdad, gratuidad. Además, que los ciudadanos deben contar con los elementos necesarios para alcanzar una resolución a sus conflictos; bajo estos parámetros, podemos establecer que la mediación es un mecanismo que responde de manera adecuada a estas necesidades.

CÁPITULO III

DERIVACIÓN DE LOS PROCESOS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA A CENTROS DE MEDIACIÓN EN EL CANTÓN QUITO

El desarrollo de este capítulo se centrará en la aplicación de la mediación para un efectivo acceso a la justicia en materia de niñez y adolescencia, se revisará la legislación que determina la derivación de estos procesos a Centros de mediación y se realizará un breve análisis de la situación real de este tema.

3.1 Niños, Niñas y Adolescentes: Grupo Vulnerable⁸³

Para desarrollar este capítulo es necesario aclarar porque los niños, niñas y adolescentes deben tener un trato especial, al momento de aplicar políticas de Estado y las leyes; así como también garantizar sus derechos de manera prioritaria, entre ellos el acceso a la justicia. La Constitución Política en su artículo 35, hace énfasis en este tema al referirse a ellos como grupo de atención prioritaria.⁸⁴

Es importante manifestar que los Estados han ratificado en sus tratados normas internacionales que protejan de manera adecuada a éste grupo en particular. La realidad de los niños, niñas y adolescentes ha variado a lo largo del tiempo, hasta llegar a la actualidad, en la que no hay duda de que estos son sujetos de derechos. Es decir, cada Estado reconoce la igualdad de condiciones en ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes de este grupo.

Además se reconoce que los niños, niñas y adolescentes son un grupo que necesita un nivel muy alto de protección. Por ello se los denomina grupo vulnerable. “Los ciudadanos

⁸³ Cfr. Pedroza Susana, Rodrigo Gutiérrez. *Niños, niñas y adolescentes grupo vulnerable: Una perspectiva Constitucional*. Internet: www.bibliojuridica.org/libros/1/94/7.pdf. Acceso: 15-Junio-2010.

⁸⁴ El que establezca la Constitución vigente “grupos de atención prioritaria” responde a la nueva tendencia de la doctrina a que se elimine el uso del término vulnerable como lo hacia la Constitución de 1998. Dado que éste no es tema de análisis del presente trabajo, es necesario aclarar que cuando se haga referencia a éste término se debe tomar en cuenta que se refiere a “grupos de atención prioritaria”.

disponibles dentro de los grupos vulnerables no se encuentran, por lo general, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.”⁸⁵

Los grupos vulnerables son los que por circunstancias de pobreza, origen étnico, edad, entre otras, se encuentran en una situación de mayor indefensión. La vulnerabilidad coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. Al igual que pueden tener una falta de iguales oportunidades e **incapacidad de acceso a los servicios públicos**.⁸⁶

Uno de estos tratados internacionales que determinan la protección en varios ámbitos referentes a niños, niñas y adolescentes, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 10, número 3, reconoce que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social [...]”.

Como se mencionó en el artículo 35, de la Constitución política, citado en el ítem 1.3.3, el Ecuador también reconoce a los niños, niñas y adolescentes como un grupo que necesita atención prioritaria por parte del Estado. Así también, la legislación especializada en la materia los reconoce como sujetos de derechos y prevé lo necesario para un desarrollo integral.

El Código de la Niñez y Adolescencia dedica el Título III para determinar los derechos, garantías y deberes de este grupo, pero para efecto de este análisis citaremos lo referente en los siguientes artículos:

Artículo 15 “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.”

⁸⁵ Baquerizo Jorge. *Derechos sociales y grupos vulnerables*. Internet: www.derechoecuador.com. Acceso: 11-Septiembre-2010.

⁸⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Los derechos humanos grupos vulnerables*. Internet: www.cndh.org.mx. Acceso: 18- Junio-2010.

Artículo 26 que determina: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.”

Consiguientemente es necesario señalar que ha este grupo vulnerables se le debe otorgar las mejores condiciones en varios ámbitos para el desarrollo integral, entre ellos el acceso a servicios públicos. Es decir, una de las prioridades del Estado respecto a niños, niñas y adolescentes es que ellos puedan ejercer su derecho de acceso a la justicia de manera efectiva.

Agregado a lo anterior, también se les debe garantizar las mismas oportunidades que a los demás ciudadanos, en el momento en que acuden a la administración de justicia. Por consiguiente, los procesos a que ellos estén sujetos deben responder a principios de celeridad, igualdad, gratuidad, entre otros.

Sin embargo, cabe recalcar que la realidad de este grupo vulnerable en Ecuador está lejos de lo que establecen las leyes.⁸⁷ El sistema judicial está muy lejos de ser un organismo que responda de manera oportuna a las necesidades de la población, incluyendo a niños, niñas y adolescentes. Y esto se vuelve más preocupante si es un grupo que merece atención preferencial.

En este trabajo se busca hacer un análisis en la materia de niñez y adolescencia, debido a que uno de los derechos primordiales que se reconocen a los niños, niñas y adolescentes es el crecer en un seno familiar adecuado, en el que exista un clima de afecto y comprensión, y que permita su desarrollo integral, como lo establece el artículo 22, inc. tercero del Código de Niñez y Adolescencia. Así como también el artículo 9, de la norma citada “reconoce a la familia como espacio natural y fundamental para el desarrollo integral.”

Las relaciones familiares pueden verse afectadas cuando éstas por algún motivo deben someterse a la decisión tomada en el sistema judicial. Por ello, es necesaria la aplicación de mecanismos que puedan precautelar el bienestar y armonía de estas relaciones y por ende, de éste grupo vulnerable.

⁸⁷ Cfr. Capítulo 1.

Es así que en el Ecuador el legislador ha previsto que la mediación pueda ser aplicada como un mecanismo para dilucidar este tipo de contiendas que, como se ha dejado claro, éstas necesitan un trato distinto por el interés superior que se trata de precautelar.

Muchas de las características presentes en el proceso de mediación, están acordes a las necesidades que se puede presentar en una contienda familiar. Así podemos concluir que ésta se convierte en un mecanismo efectivo de acceso a la justicia e ideal para proteger y garantizar los derechos de este grupo vulnerable.

3.2 Derivación Judicial de los Procesos en Materia de Niñez y Adolescencia Centros de Mediación.




El Ecuador tiene como base para la derivación de las causas desde los juzgados a los centros de mediación en materia de niñez y adolescencia, el “Instructivo para derivación de causas a centros de mediación”, que constituye el punto central de este análisis.

Sin embargo, antes de centrarnos en el proceso de derivación se debe tener claro el momento en que se puede iniciar un proceso de mediación.

Un proceso de mediación se puede iniciar de las siguientes maneras:

- Antes de iniciar un proceso judicial.
- Durante el proceso judicial: pueden a petición de parte: ambas partes o una de ellas, dar a conocer su voluntad de someter su causa a un proceso de mediación; o puede ser el propio juez quien lo sugiera, siempre y cuando no se haya emitido la sentencia.

PROCESO DE MEDIACIÓN

SOLICITA	ANTES DEL PROCESO JUDICIAL	DURANTE PROCESO JUDICIAL
PARTES INTERESADAS		
JUEZ		

Cuadro 3.- Momentos en los que se da el Proceso de Mediación

La ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 46 dispone que: La mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación,
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
- c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Compete en este momento analizar la mediación cuando se la realiza iniciado un proceso judicial, siendo el juez quien lo dispone, ya que es aquí donde se presenta la figura de la derivación de causas judiciales a centros de mediación.⁸⁸

La derivación de un proceso judicial se puede dar en cualquier ámbito siempre y cuando sea materia transigible⁸⁹. El legislador ecuatoriano ha determinado la posibilidad de mediar asuntos en el área de la niñez y adolescencia, atendiendo por un lado las necesidades y derechos de este sector y, por otro lado, a la realidad del sistema judicial. Se ha previsto por consiguiente en el Código de la Niñez y Adolescencia en su Título XI los siguientes artículos:

⁸⁸ Se desarrolló un análisis de las letras a y b en el Capítulo 2.

⁸⁹ Jaime Vintimilla determina que materia transigible es aquel aspecto en el cual las partes pueden renunciar a derechos. Op.Cit.p.11.

Art. 294.- Casos en que procede.- La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

Art. 295.- Reglas especiales.- Se llevará a cabo ante un Centro de Mediación de los señalados en el artículo siguiente. Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados.

Aún cuando esta norma fue reconocida en el Código, no se contaba con el correspondiente procedimiento para la aplicación de la misma. Consecuentemente estos artículos se convirtieron en letra muerta. En Agosto del año 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura en uso de su atribución de dictar reglamentos manuales e instructivos que sean necesarios para el ordenamiento y funcionamiento de la función judicial, según artículo 11 letra (d) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura⁹⁰, aún vigente en ese año, resuelve expedir el “Instructivo para derivación de causas a centros de mediación.” Este instructivo será analizado en el siguiente ítem.

- **Procedimiento**

Uno de los objetivos que se determinan en el “quinto considerando” de este instructivo, es el establecer un tratamiento uniforme para la derivación de oficio de causas de Niñez y Adolescencia por parte de los jueces y efectos de ejecución de actas. Por ello, se establecen los pasos a seguir dentro del procedimiento que se mencionan a continuación:⁹¹

- El juez antes de derivar las causas a un centro de mediación debe analizar que la materia de la demanda sea transigible y derivarla a centros de mediación gratuitos para así garantizar la gratuidad del acceso de la justicia.

⁹⁰ Esta ley se derogó cuando se expidió el Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 458 del 31 de Octubre de 2008. La atribución citada se encuentra establecida en el Artículo 264 número 16 modificado.

⁹¹ Artículos 1 al 9, Instructivo para la derivación de causas a centros de mediación. Registro Oficial N° 139, 1° de agosto de 2007.

- El Juez de la Niñez y Adolescencia y aquellos Jueces Civiles en los que se radicó la competencia, reciben la demanda y en el término de tres días califican, aceptada y derivan la causa, de oficio, a un centro de mediación autorizado.
- En el término de tres días, las partes pueden aceptar o negarse al proceso de mediación, o solicitar cambio del centro de mediación. Si no existe pronunciamiento de su parte, es decir, silencio de las partes, se entiende que aceptan de forma tácita a someterse a mediación. Si las partes no aceptan el proceso, el juez continúa el procedimiento habitual y ordena la citación.
- Con la aceptación de las partes el Juez remite al centro de mediación la copia del auto de calificación y derivación del proceso. Si dentro del término de quince días no se presenta, por parte del centro, el acta que contenga el acuerdo, se continúa la tramitación de la causa en el juzgado correspondiente, o las partes pueden comunicar por escrito al juez que desean ampliar dicho término.⁹²
- Cuando finaliza el proceso de mediación por acuerdo total, parcial, imposibilidad de acuerdo, imposibilidad de mediación o por vencimiento del plazo, el director del centro debe devolver al juzgado competente el acta o constancia correspondiente y la copia certificada del registro de comparecencia debidamente firmada, para los efectos del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, que determina:

Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido

Así iniciado un proceso judicial referente a fijación de pensiones alimenticias, derecho a visitas, entre otros; es decir, que abarcan las relaciones familiares en las que están involucrados niños, niñas y adolescentes, puede derivarse para ser sometido a un proceso de mediación.

⁹² Artículo 46 último inciso, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 del 14 de Diciembre de 2006.

En el capítulo dos se citaron los casos en los que se recomienda un proceso de mediación. Entre ellos fue mencionada la aplicación de este mecanismo de acceso a la justicia cuando la relación entre las partes perdura en el tiempo. Por ejemplo: una pareja en proceso de separación, que ha procreado hijos, deben acordar entre otras cosas el régimen de visitas, la tenencia, alimentos, entre otras; si la pareja para solucionar este tipo de situaciones debe recurrir a un proceso judicial, es muy probable que sus hijos sean expuestos a un proceso largo, que puede llegar a tener un costo emocional irreparable y que las soluciones no dejen satisfechas a ninguna de las partes, al no adecuarse a su realidad. Bajo estas circunstancias se deteriora la relación familiar, generando así inestabilidad en el ambiente en que deben desarrollarse los hijos, vulnerando uno de sus derechos fundamentales.

Cuando los miembros de la familia no están satisfechos, se toman la justicia por propia mano. Los padres separados le niegan a su cónyuge el derecho de visita, desaparece el cónyuge que no tiene la custodia de la vida de sus hijos o dejan de pagar la pensión alimentaria estipulada por el tribunal. Los familiares enzarzados en una disputa están destinados, por definición, a continuar con su relación aunque esta cambie de signo a causa de un divorcio.⁹³

La mediación tiene como objetivo que las partes puedan enfrentar sus conflictos, mejorando la relación entre ellas, ya que al ser un mecanismo que no confronta, que no busca imponer un castigo o que no determina ganador o perdedor, la relación y ambiente familiar son los menos afectados, más aún si es un mecanismo flexible que se puede adaptar dependiendo del caso en particular.

La mediación, en la que un tercero ajeno a la familia ayuda a solucionar las disputas, ha resultado ser una técnica particularmente apropiada para solucionar los conflictos familiares. Generalmente los miembros de la familia adquieren mayor compromiso con los resultados del acuerdo, que si estos los fija un tercero.⁹⁴

⁹³ Linda Singer. *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresaria, familiar y legal*. Buenos Aires, Paidós, 1994. p. 51.

⁹⁴ *Ibíd.*, p.52.

Por la desconfianza que existe en el sistema judicial, incluidos a quienes en él ejercen sus actividades de trabajo, la mayoría de personas tiene una actitud negativa al momento en que aparece la figura del abogado patrocinador por una de las partes. Es uno de los detonantes para que la parte demandada se cierre a la posibilidad de llegar a un acuerdo. Contrario al proceso de mediación, donde son las partes, de forma directa, quienes pueden llegar a encontrar la solución al problema de una mejor manera, al conocer la verdadera realidad, no necesitan la intervención de un abogado, aunque este puede estar presente en el proceso. Las partes son quienes desempeñan el rol principal en la mediación.

Aunque nuestro sistema judicial fuese más eficaz, la afición de los tribunales y otros foros tradicionales a pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y al designar vencedores y perdedores, destruye necesariamente cualquier relación previa con las personas involucradas.⁹⁵

Es importante también señalar que, dentro de este procedimiento, si la mediación no funciona, las partes no pierden la oportunidad de continuar sus procesos judiciales para resolver su conflicto; pero éste debe ser usado como una última opción dentro de estas situaciones, ya que se ha demostrado que es un proceso que conlleva muchos sacrificios. “Los Tribunales han fracasado a la hora de refrenar la creciente tendencia a que los hijos se vean atrapados en medio de la guerra de sus padres posterior al divorcio.”⁹⁶

Se han expuesto las razones para determinar que la mediación es un mecanismo adecuado para resolver controversias que tengan implícitas relaciones familiares, las mismas que se deben precautelar. Y una de las formas para su aplicación de la mediación derivación de causas judiciales a Centros de mediación.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 15.

⁹⁶ *Ibíd.*, p.57.

3.3 Aplicación de la Derivación Judicial de Causas Judiciales a Centros de Mediación dentro del Cantón Quito

Otro de los objetivos para determinar el proceso de la derivación de causas, fue descongestionar los juzgados de Niñez y Adolescencia, que no están fuera de la realidad del colapso del sistema judicial por la sobrecarga laboral.

El derecho de acceso a la justicia se vulnera de muchas formas⁹⁷. En el caso particular de los niños, niñas y adolescentes este escenario no es distinto. Si se toma en cuenta los datos desde el año 2007 en que se publicó el Instructivo, hasta el año pasado, las cifras son alarmantes. El Gráfico 13, demuestra que el número de causas acumuladas hasta el año 2009 fueron 54.864, y el número que se resuelven por año es mínimo, así la carga procesal se traslada al siguiente año, arrastrando año tras año este problema, sin tener una solución real. Así mismo el principio de celeridad se convierte en una mera declaración y se vulnera de manera directa el derecho de acceso a la justicia a un grupo de atención prioritaria como el de la niñez y adolescencia.

Si se toma en cuenta estas cifras, una vez más se demuestra que el sistema judicial ha dejado de ser un mecanismo efectivo de acceso a la justicia. Otro de los motivos que se puede mencionar es el incumplimiento de los términos procesales, un ejemplo de ello es que las audiencias de conciliación dentro de un juicio iniciado para la fijación de alimentos, suele darse al año siguiente de presentada la demanda. Así también podemos referirnos de manera general que un proceso que se inicia en un juzgado puede demorar 48 meses (2 años) para obtener resolución, sin tomar en cuenta que un motivo muy recurrente es la pérdida de los procedimientos iniciados que se extravían dentro de los precarios archivos que existen en las judicaturas, alargándose así aún más el tiempo mencionado.

⁹⁷ Véase Capítulo 1.3

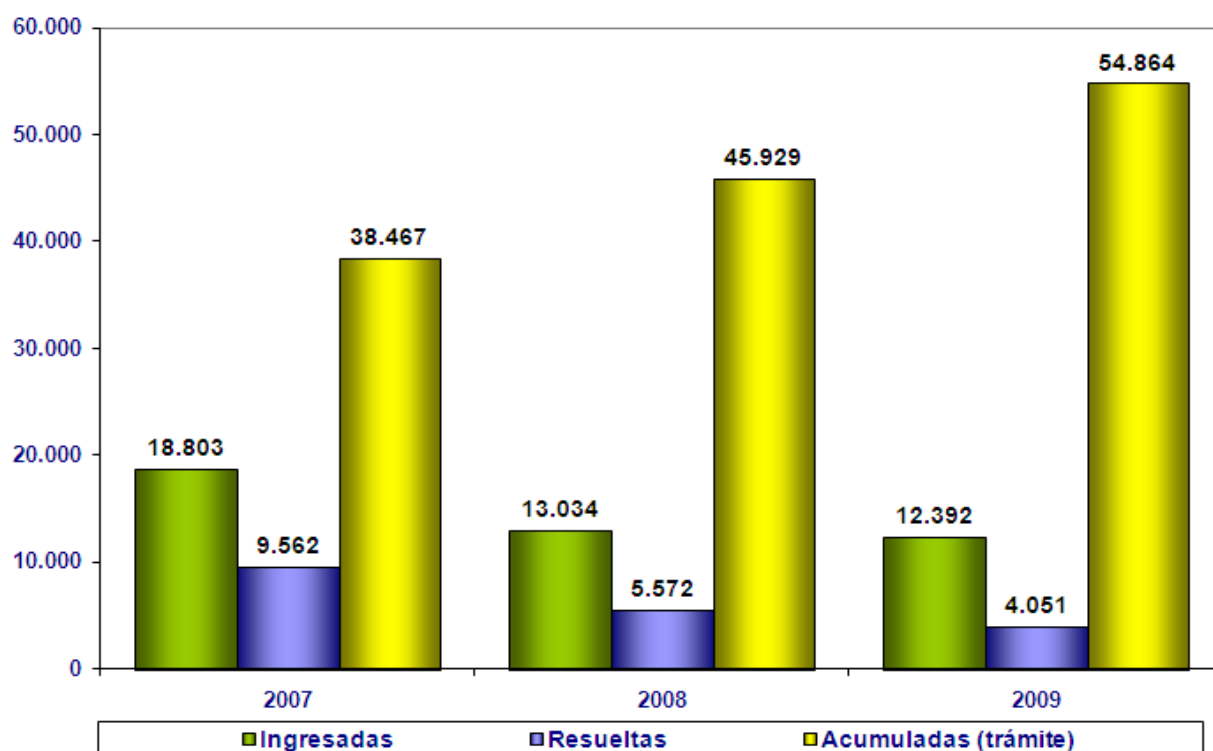


Gráfico 13.- Número de Causas Juzgadas de Niñez y Adolescencia (Pichincha)⁹⁸

Ésta realidad que es distinta en un proceso de mediación, en el cual un acuerdo puede llegar a obtenerse el mismo día en que se realiza el encuentro o en semanas más tarde si es necesario tener varias audiencias de mediación. Lo que más tiempo puede requerir es la ejecución de un acta cuando ha existido incumplimiento, que puede darse en un tiempo máximo de 6 meses. Esta diferencia se la puede observar de mejor manera en el Grafico 14 que se encuentra a continuación:

⁹⁸ Los datos que se toman para la realización de este cuadro fueron proporcionados por la Dirección Nacional de Estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura. Actualizado al 27 –abril -2010.

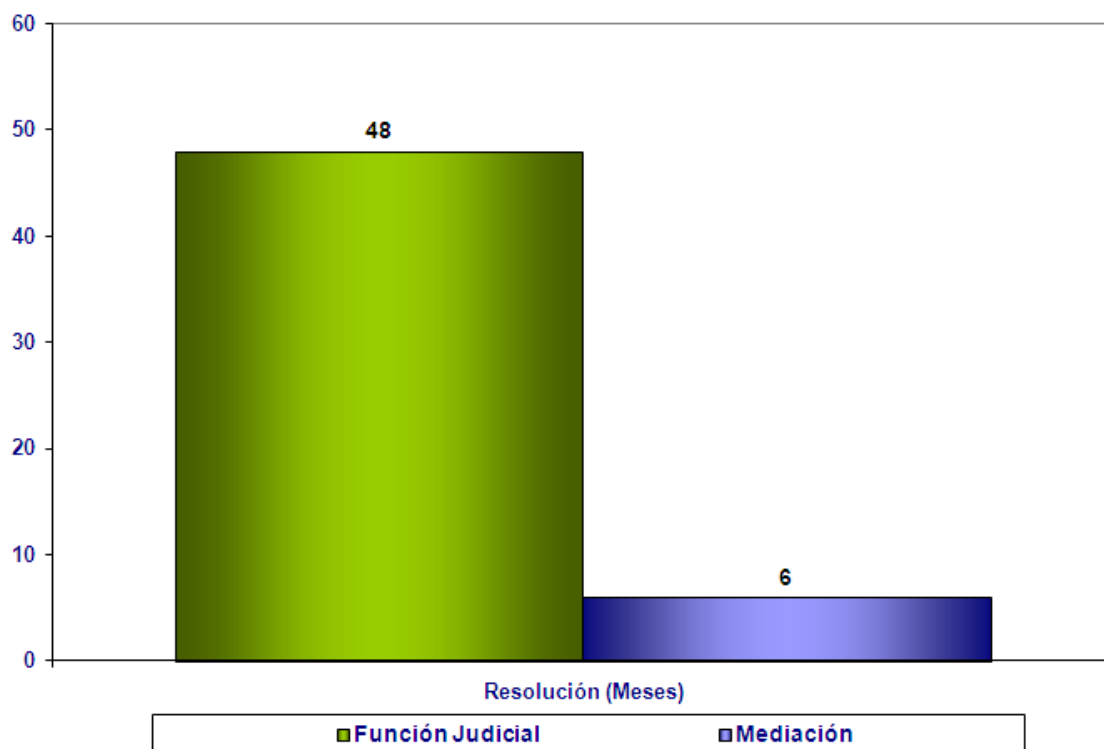


Gráfico 14.- Tiempo de Resolución de las causas en materia de Niñez y Adolescencia.

Para la aplicación de la derivación, es importante según el artículo 296 del Código de Niñez y Adolescencia, que los Centros de Mediación deben estar legalmente autorizados para poder intervenir en ésta materia, así como también el Instructivo ha establecido en su artículo 7, que los centros para ser considerados en la derivación deben solicitarlo. En la actualidad existen 104 Centros de mediación a nivel nacional, de los cuales 31 se encuentran en la ciudad de Quito, y de estos hasta el año 2009 solo 12 se han registrado para ser tomados en cuenta por los juzgados al momento de derivar las causas. Esto demuestra el Gráfico 15.

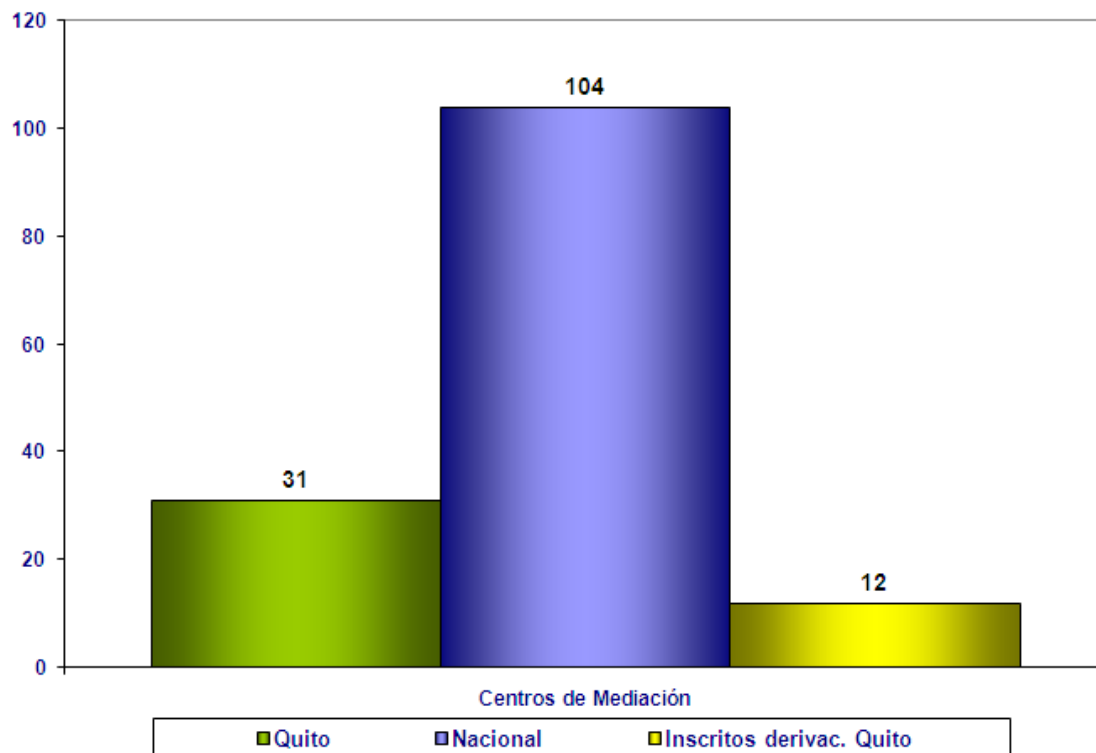


Gráfico 15.- Centros de Mediación registrados en la actualidad.⁹⁹

El Gráfico 16 muestra que los centros de mediación en su mayoría resuelven casos en materia de familia, cumpliendo así con el requisito que establece la ley. El porcentaje de casos que se resuelven en esta materia es el 78%, seguido por casos de deudas el 64%, y laboral con el 48%, como los más representativos.

Esto de una u otra manera ayuda a determinar, que aunque la mediación puede responder de manera eficiente a varios ámbitos en que se pueden presentar conflictos, la aplicación de este método se ha encaminado a resolver, de manera particular, los casos que encierran relaciones familiares. Sin que esto implique que haya mayor afluencia de quienes requieren el servicio, o que se hayan derivado casos desde los juzgados competentes.

⁹⁹ Los datos que se presentan en los Gráficos 15,16, 18, 20 y 22, se tomaron de la de *Unidad de Comunicación y Atención al Ciudadano Agosto de 2010 (PROJUSTICIA), Análisis de la Mediación en el Ecuador: Censo de Centros de Mediación*, realizado en Agosto de 2010. p. 12 a 24.

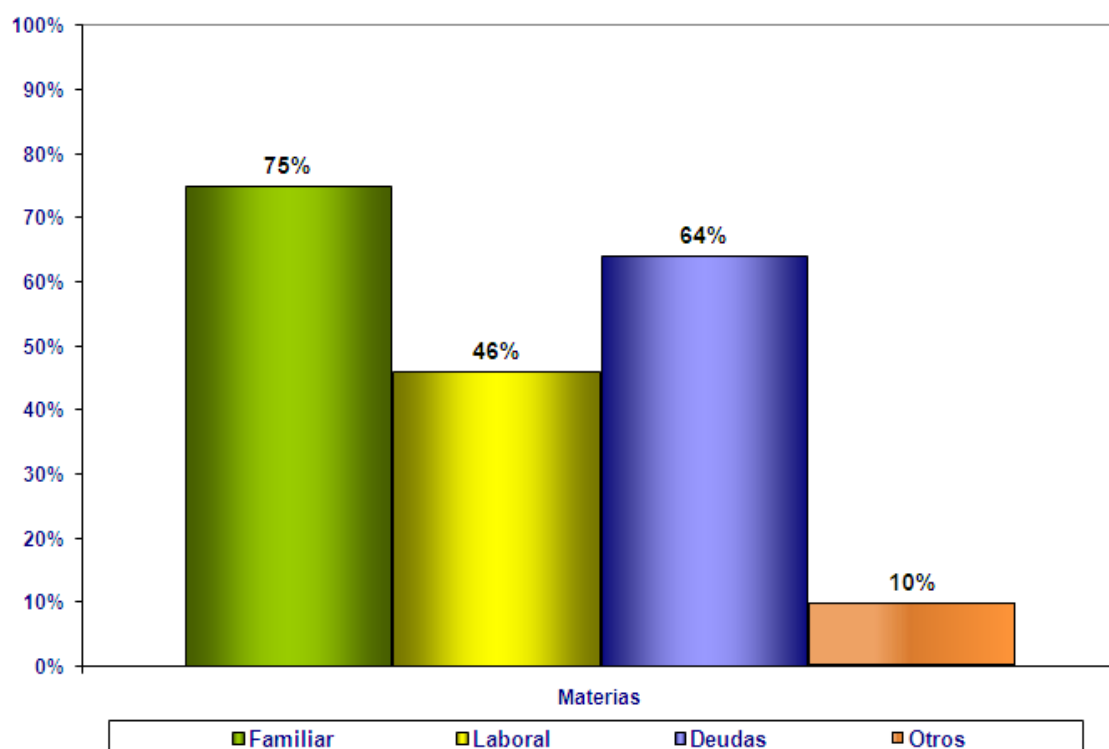


Gráfico 16.- Materias que resuelven los Centros de Mediación

Para desarrollar de manera más adecuada este tema, se tomó como referencia Centros de Mediación representativos de la ciudad de Quito; para así poder demostrar el grado de eficiencia que tiene tanto el sistema de mediación como el sistema judicial. Entre estos centros se encuentran Fundación Fabián Ponce, Centro de Mediación de la Fundación Consultorios Jurídicos de la PUCE, Fundación Centro Integral de la Familia y de la Función Judicial.

Según las cifras entre el año 2008 y 2009, el porcentaje de eficiencia se presenta de manera constante entre el 80% y el 84%, lo que significa que el sistema responde de manera positiva a las necesidades que se pueden presentar por parte de los usuarios, como lo demuestra a continuación el Gráfico 17.

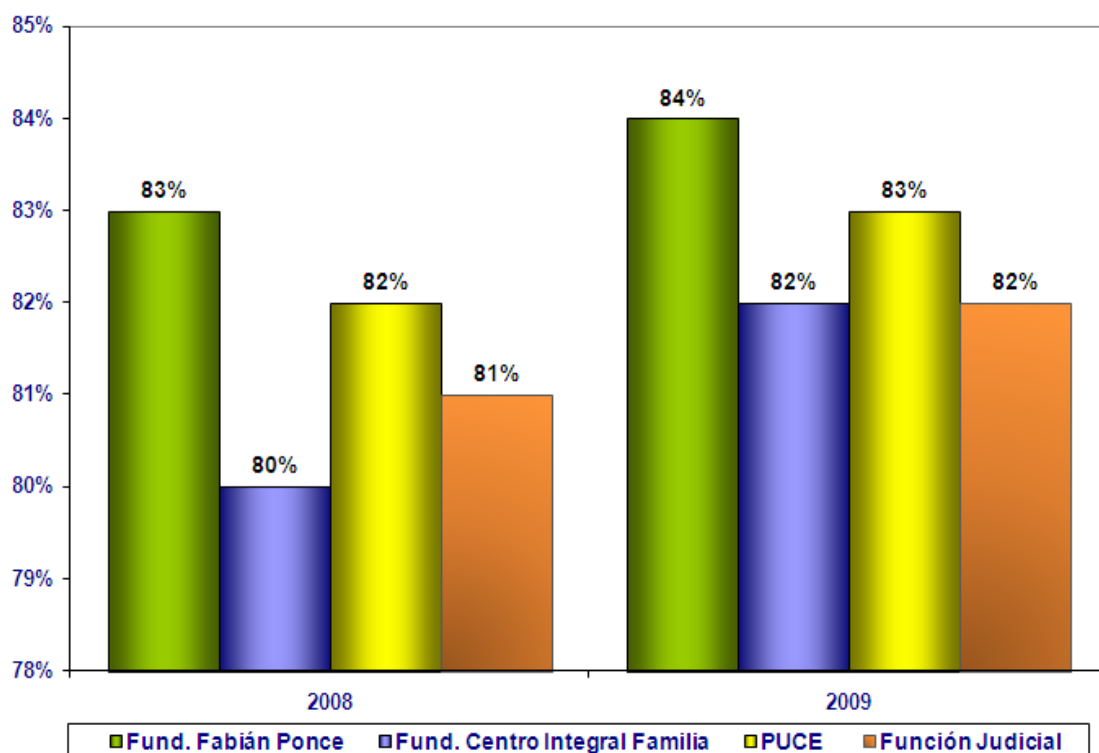


Gráfico 17.- Eficiencia de los Centros de Mediación en Quito¹⁰⁰

El resultado que se ha obtenido por parte de estos centros de mediación muestra el alto porcentaje de efectividad de los casos que se someten a mediación. La mayoría de sus casos llegan a acuerdos totales y las partes llegan a cumplir los acuerdos en su totalidad.

Esto se debe en gran medida a que las partes acuden de buena fe a la audiencia de mediación, no se sienten obligadas a participar en el proceso, no se les obliga a que acepten una determinada solución; sino que son ellos mismos de manera directa quienes se comprometen con las alternativas que se plantean, es decir, las personas ofrecen lo que realmente les es posible cumplir.

Los centros aquí citados no tienen fines de lucro, brindan un servicio respondiendo al principio de gratuidad que establece la constitución, así el acceso a la justicia por quienes

¹⁰⁰ Los datos en los que se basan los Gráficos 17, 19 y 21, fueron entregados de manera directa por la realización de esta investigación, en los Centros de Mediación mencionados, previa entrevista a los directores de cada centro. En el mes de Octubre de 2010.

han llegado a un acuerdo en estos centros se realiza de manera gratuita. Otorgando de esta manera un servicio eficiente, gratuito, y especializado.

Según los datos del censo que realizó Projusticia a centros de mediación, la mayoría de centros que se encuentran en la ciudad de Quito, se manejan con recursos propios o cuentan con el financiamiento de entidades públicas, privadas, organismos internacionales, entre otras, para así poder asumir el costo de funcionamiento y que éste no se transfiera a los usuarios de los centros. Aunque el acceso a la justicia debe ser prioridad del Estado no se designan recursos estatales suficientes para apoyar a estos centros que complementan al sistema judicial de manera eficiente. La mayoría de centros funcionan con recursos obtenidos por autogestión. El Gráfico 18 representa a continuación estos datos.

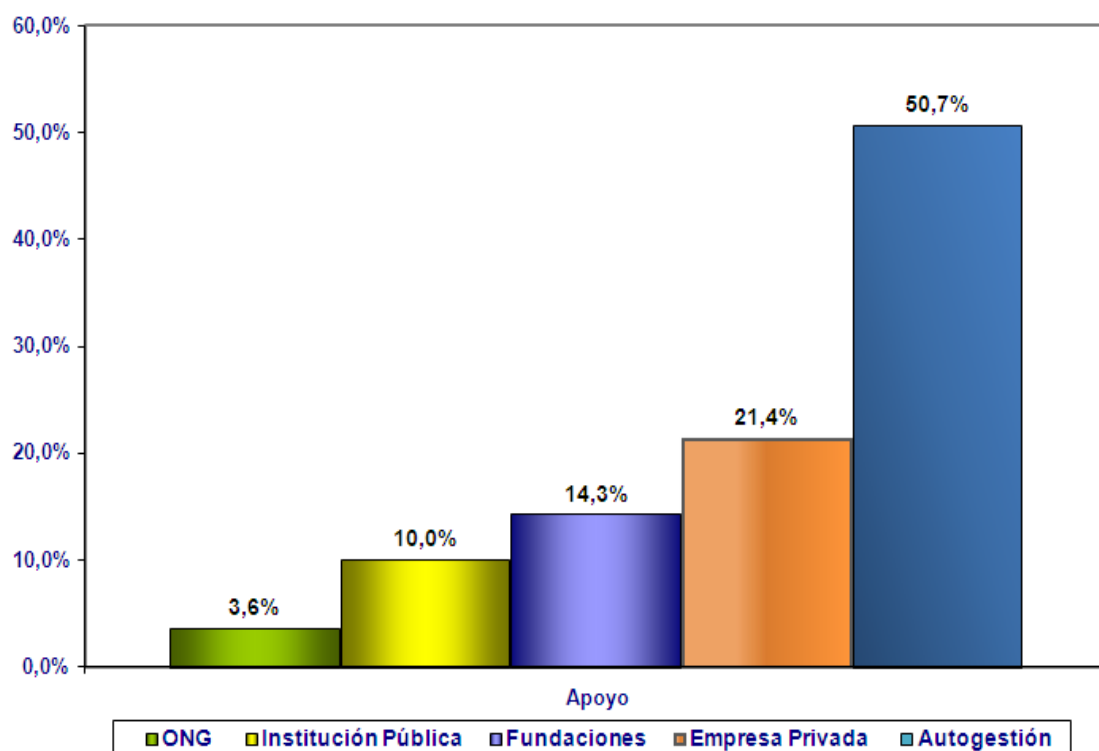


Gráfico 18.- Recursos Económicos de Centros de Mediación

Los centros referidos en el párrafo anterior atienden casos en diversas materias, sin embargo la mayoría de procesos que se resuelven son en materia de familia. Quienes acuden a estos centros para resolver sus conflictos son personas que llegan a conocer la

eficacia de este proceso por amigos, familiares, o conocidos, que han podido obtener previamente un resultado positivo en la mediación. El Gráfico 19 muestra que las “Fundaciones Fabián Ponce y la Centro de Mediación de la PUCE” manejan en sus centros el 98% de causas en materia de niñez y adolescencia; los centros de la “Fundación Centro Integral Familiar” y el de la Función Judicial manejan un porcentaje de 75% y 76% en esta materia respectivamente.

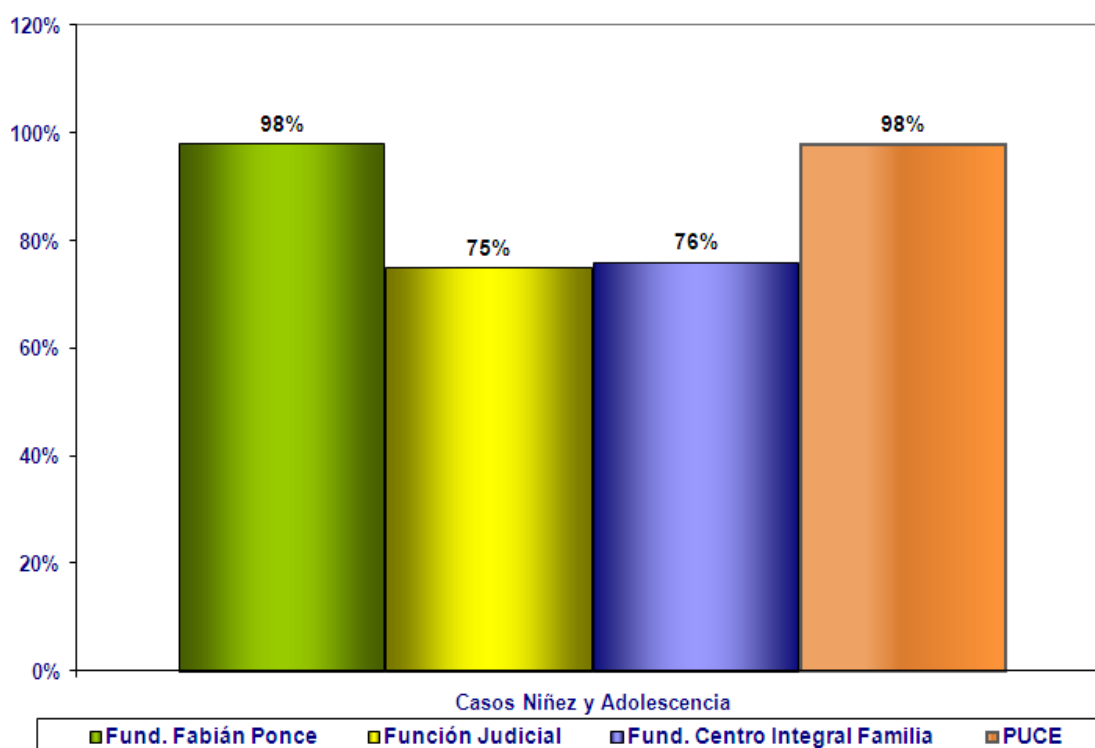


Gráfico 19.- Porcentaje de casos en materia de Niñez y Adolescencia

Según los datos entregados por Projusticia, de manera general los centros de mediación arrojan resultados alentadores sobre la eficiencia que estos demuestran al momento de resolver las controversias. En los centros de mediación de la ciudad de Quito en los que realizó el censo, se demuestra que existen alrededor de 1680 casos que concluyeron con actas de posibilidad total de acuerdo, 420 casos se terminaron con acuerdo parcial y 540 no pudieron llegar a ningún tipo de acuerdo, como muestra el Gráfico 20.

Estos datos también hacen notar de manera evidente que las personas con la capacitación requerida, las herramientas adecuadas y la guía necesaria, pueden llegar a encontrar la resolución a sus conflictos utilizando sus propias alternativas, y que el cambio de un sistema de litigio a un sistema de paz es posible. Igualmente este proceso con un alto nivel de efectividad se vuelve un mecanismo confiable y, con una aplicación más adecuada, ayudaría de manera directa a mejorar la imagen del sistema judicial, existiendo así un sistema de cooperación entre juzgados y centros de mediación a través de la derivación.

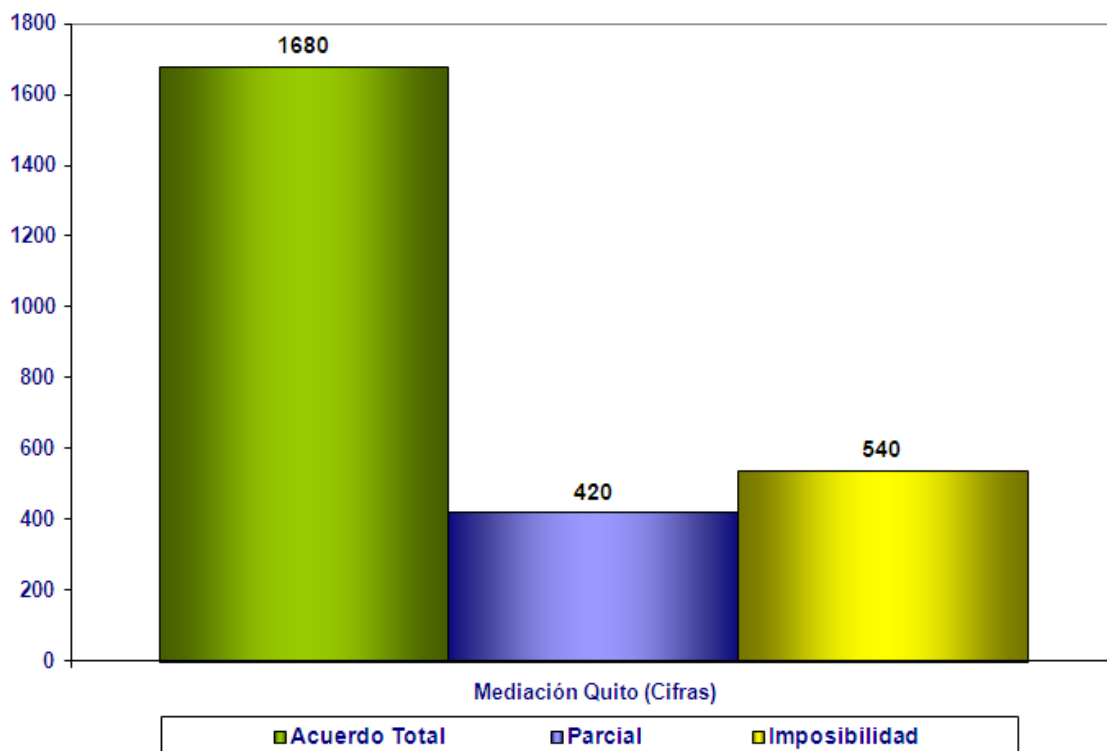


Gráfico 20.- Resultados de las Mediación en cifras

Siendo la mediación un mecanismo altamente efectivo, cuya aplicación en un área tan importante como la Niñez y Adolescencia, misma que se encuentra instituida en las normas, no tiene ésta una gran acogida a nivel de los funcionarios judiciales ni abogados.

La realidad de la derivación solo en la ciudad de Quito es casi nula. Desde el año 2007 hasta la presente son escasas las causas que se han derivado de oficio desde los juzgados

competentes a centros de mediación y esto lo podemos observar en el Gráfico 21, el cual establece en porcentajes como se ha desarrollado este tema.

En el año 2009, se registraron en la Fundación Fabián Ponce solo 10 casos derivados desde los juzgados, representando aproximadamente el 3.7% de la totalidad de casos que en ese año manejó el centro. Al centro de la PUCE se derivó una causa que representa el 2%; al centro de la función judicial se le han derivado 8 causas que representa el 3% de su totalidad y al centro Integral familiar no se le han derivado causas. En los años anteriores al 2009 y en el año 2010, no se han derivado causas a ninguno de los centros. Bajo esta realidad, es evidente que la aplicación de la derivación ha quedado como letra muerta debido a la falta de su aplicación, y pueden existir muchos factores para que provoquen esta situación, entre ellos podemos hablar de la falta de difusión de este tipo de mecanismos por parte del propio Gobierno, así como también se puede mencionar la actitud negativa por parte de los jueces al momento de aplicar mecanismos desconocidos de su parte o porque la estructura de litigio se encuentra totalmente arraigada en su forma de proceder.

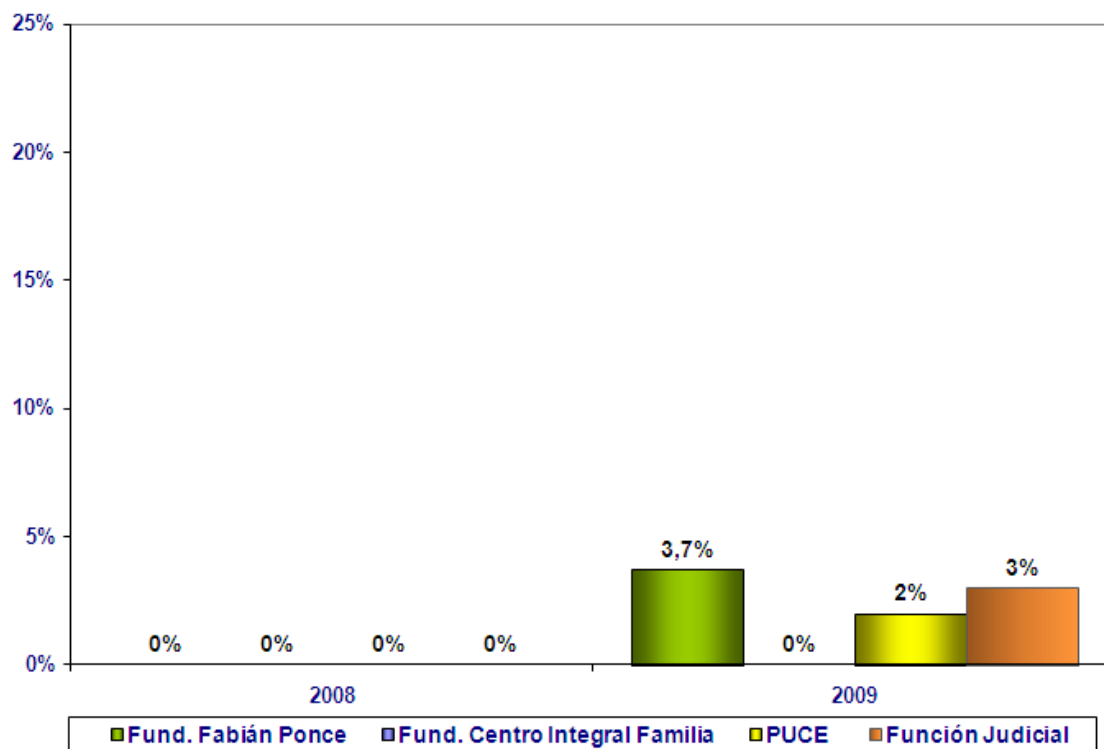


Gráfico 21.- Porcentaje de derivación de causas en el Cantón Quito

Los centros de mediación tienen una carga laboral muy baja respecto a la que manejan los juzgados de niñez y adolescencia, pero la eficiencia demostrada es muy alta, reduciendo en un nivel considerable el costo de los procedimientos. Según el Gráfico 22 el aproximadamente 14 % de centros de mediación llegan a manejar en un mes un número de 150 casos, mientras hay centros que manejan 20 casos en este mismo período de tiempo.

Estas cifras podrían variar de manera significativa con la aplicación de la derivación de causas. Se obtendría así como resultado un evidente equilibrio en la carga laboral que manejan los juzgados y los centros de mediación. Logrando así un verdadero descongestionamiento de los juzgados y por ende un acceso a la justicia adecuado. “La experiencia cercana de la Fundación Fabián Ponce, establece que un Centro de Mediación con cuatro personas podría resolver más de 1200 causas al año; esto es, un poco más del triple de sentencias que produce un juzgado al año.”¹⁰¹

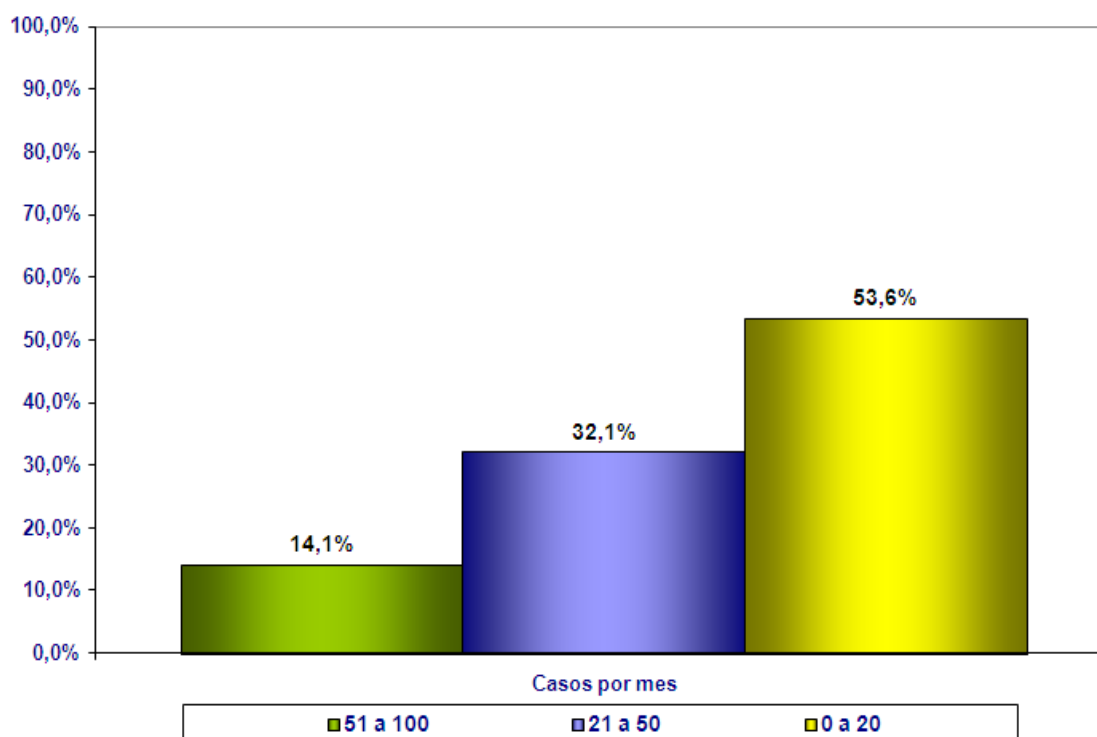


Gráfico 22. Número de Casos que tramitan los Centros de Mediación

¹⁰¹ Roberth Puertas Ruiz. “La mediación prejudicial obligatoria: una propuesta al país.” *Novedades Jurídicas*. N° 52, Quito, 2010. p. 37.

Con los datos presentados se puede tener ya una idea clara de cómo se presenta en la realidad el proceso de derivación de causas desde los juzgados de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación en el Cantón Quito. Aún cuando es un tema que se ha tratado de desarrollar aproximadamente a lo largo de 3 años, no ha tenido los resultados esperados por falta de aplicación. Bajo estos parámetros podemos asegurar que prácticamente no existe derivación de causas en materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación. Un factor importante en este proceso que determina la aplicación de este proceso es la actitud de los jueces frente al mismo.

3.4 Actitud de los Jueces ante la Derivación de Causas Judiciales en Materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación.

Para empezar a desarrollar este tema, es importante tener claro que en el Ecuador la mediación no tiene carácter obligatorio; es decir, la ley no establece de forma imperativa el agotamiento del proceso de mediación previo al inicio de un proceso judicial, caso que se da en otros países. Sino que es completamente voluntario que las partes o el juez decidan someter sus controversias a la mediación.

Es en este punto cuando la actuación de los jueces se vuelve primordial, ya que cuando hablamos de derivación voluntaria de causas desde los juzgados, es evidente el carácter discrecional de la norma, y aplicarla o no queda a voluntad de los jueces. Podemos observar un poco más de cerca este tema dentro del artículo 130 número 11 del Código Orgánico de la Función Judicial dedicado a las facultades de los jueces que determina:

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, **procurar la conciliación de las partes**, en cualquier estado del proceso. **De considerarlo conveniente** los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad.

En el caso de Ecuador es evidente que la actitud de los jueces ante los métodos alternativos de solución de conflictos en general es muy escéptica. En muchos de los casos por desconocimiento o simplemente por un apego al poder que se ha arraigado con el paso del tiempo.

Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no solo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales.¹⁰²

Pero, ¿qué sucede cuando este tipo de omisiones afectan derechos fundamentales de un grupo vulnerable? Es indiscutible que el sistema judicial llevado de la forma tradicional, en donde el juez solo es ejecutor de las leyes, está en declive. Es necesario entonces partir el análisis de las actuaciones de los servidores judiciales como ejecutores de las garantías a los derechos fundamentales. “El juez ejecutor y el juez delegado de la magistratura burocrática han sido desplazados como modelo por el juez guardián de los derechos fundamentales y el juez creador de derecho, propios de la magistratura profesional.”¹⁰³

La Constitución Política establece en su artículo 172, con respecto al párrafo anterior que:

Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Al separar los elementos del artículo citado encontramos:

- que los jueces deben proteger los derechos humanos con sus actuaciones, y
- que existe responsabilidad de éstos por el perjuicio ocasionado por retardo o denegación de justicia.

303. ¹⁰² Carlos Nino. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2ª Edición, 1980, p.

¹⁰³ Juan E. Méndez. Op.cit., p.21

El derecho de acceso a la justicia de manera efectiva es un derecho fundamental garantizado por Instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y por su Constitución Política. Cuando el juez omite las normas que establecidas por el legislador para la aplicación de mecanismos que garantizan este derecho, tiene que asumir las sanciones por continuar aplicando mecanismos que vulneran este derecho. Como determina el artículo 20, inciso segundo del Código de la Función Judicial que “el retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

Así también el artículo 22, del código ya citado determina que “los operadores de Justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia.”

Los jueces también deben cumplir con lo que determina la Constitución Política en su artículo 426, en sus incisos segundo y tercer que dispone:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Como se mencionó en párrafos anteriores es necesario que los jueces apliquen las normas buscando precautelar el interés superior del derecho de acceso la justicia de los niños, niñas y adolescentes, tomando en cuenta las ventajas que implica la derivación de una causa judicial a un centro de mediación.

Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.¹⁰⁴

Los objetivos de este trabajo se han centrado, por un lado, en determinar los aspectos que demuestran que la mediación es un mecanismo efectivo de acceso a la justicia; específicamente lo referente a la materia de niñez y adolescencia. Por otro lado se expone que, a pesar de que la derivación puede tomarse como una herramienta para evitar la vulneración del derecho de acceso a la justicia esta no se lleva a cabo.

Aún cuando la Constitución Política determina algunos principios en los que se debe basar el ejercicio de derechos y determina en su Art. 11, en sus numerales:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Es evidente que no solo se vulnera el derecho de acceso a la justicia sino que también hay incumplimiento del mandato constitucional y tratados internacionales por parte de los jueces al momento en que no se derivan las causas desde juzgados a Centros de Mediación.

¹⁰⁴ Cifuentes Eduardo. *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia*. Internet: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_271.pdf. Acceso: 30-marzo-2010.

Sin embargo, existen muchos autores que determinan que si la mediación prejudicial obtendría un carácter obligatorio, el sistema respondería de mejor manera a como se ha desarrollado hasta la actualidad. Éstos toman como referencia a países que han aplicado este método para darle un mayor respaldo a la mediación prejudicial en materia de familia.

Por ejemplo, Argentina establece en la Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria N° 24.573, que rige desde el año 1995, en Capital Federal, que toda demanda por alimentos entre parientes, debe tener un proceso de mediación previo. Esta ley se amplía por acuerdo de la Cámara Civil de la Capital Federal a visitas y tenencia de hijos.

A partir de esta ley el sistema de mediación prejudicial se ha ido implementando y expandiendo a nivel nacional con el paso de los años debido a los resultados positivos, “en Argentina se ha logrado que más del 30% de las causas se resuelvan en sede prejudicial y ha contribuido el cambio de cultura en la solución de conflictos.”¹⁰⁵

En la aplicación de la mediación de manera obligatoria existe un aspecto negativo. “Países como Perú y Argentina han demostrado que cuando la mediación es obligatoria se desnaturaliza la figura, ya que la obligatoriedad ha generado una demanda ficticia de los servicios de conciliación y ha llevado a que la noble institución de la mediación este cayendo en el más enorme descrédito.”¹⁰⁶

Otro país que ha aplicado la mediación prejudicial de manera obligatoria es Chile. La ley 19968 determina que las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se registrará por las normas de esta ley y su reglamento.

Pero el legislador también establece que en caso de que exista acuerdo total por las partes, el acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación como lo establece la ley en su artículo 20.286 inciso segundo “todo aquello que no fuere contrario

¹⁰⁵ Roberth Puertas Ruiz. Op. Cit., p. 32.

¹⁰⁶ Jaime Vintimilla. Op. Cit., p.13

a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada”.

Con esta norma se le quita toda autonomía al proceso de mediación. Este es un requisito innecesario ya que el tiempo que se ahorra con la derivación de las causas se vuelve a perder al someter el acta a revisión. El mediador que participa en los procesos de mediación está capacitado para determinar acuerdos que no estén contra derecho.

La experiencia en Ecuador con respecto a la derivación no obligatoria de procesos judiciales en materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación (como se ha demostrado en ítem 3.3), no ha sido buena. Considerando las desventajas que también puede presentar la obligatoriedad de la mediación prejudicial, no se puede determinar que sea una opción que se debe aplicar en el país en este momento.

Pero sí, el Estado debe invertir los recursos suficientes y medidas necesarias para que los mecanismos actuales puedan funcionar de manera eficiente. Se debe sentar un precedente con los jueces que vulneran estos derechos fundamentales y fomentar la práctica de la derivación de causas a centros de mediación, hasta que se vuelva de aplicación general.

Se debe cambiar la concepción de la respuesta al colapso en el que se encuentra la función judicial, no es potenciar otras alternativas de solución de conflictos entre ellas la mediación sino insistir en fortalecer el proceso judicial con el consiguiente aumento de judicaturas y jueces, que a lo largo de la historia del país ha probado su ineficiencia e ineficacia para solucionar los crecientes conflictos de la sociedad ecuatoriana.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Roberth Puertas Ruiz. Op. Cit., p. 32.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Esta parte del trabajo, aborda las conclusiones y recomendaciones que se han recopilado a través del tiempo en el que se desarrolló este trabajo.

Las recomendaciones tienen sugerencias que pueden ser aplicadas tanto por estudiantes como por los profesionales de derecho.

CONCLUSIONES

- Es indispensable tener claras las definiciones y alcances del derecho a la justicia, más aún el tema de ser reconocido como un derecho fundamental que garantiza considerables derechos con él relacionados.
- El reconocimiento de los principios rectores de los sistemas legislativos, al igual que las leyes, no deben quedar como letra muerta, por ello es indispensable garantizar que existirán los medios que hagan efectiva su aplicación.
- Las soluciones que se han dado para atender los problemas del sistema de justicia, basadas en estudios realizados por Projusticia, no darán los resultados que la ciudadanía espera, ya que no han sido estructuradas para dar un cambio total y a largo plazo, sino que han sido respuestas que atienden a problemas específicos de manera momentánea.
- Projusticia ha encaminando sus actividades para brindar un mejor servicio a la comunidad, ha iniciado proyectos para mejorar la institución judicial, con campañas de publicidad para cambiar la imagen del sistema y dar a conocer a la ciudadanía de la existencia de los medios alternativos de solución de conflictos. Pero la voluntad no es suficiente, es necesario crear un mecanismo de control que certifique los datos expuestos en cada plan a realizar.

- Ha quedado claro que un Estado se construye también con la participación activa de la ciudadanía, no se puede seguir construyendo la idea de un Estado paternalista que debe solucionar todos los problemas, sino que la ciudadanía debe empezar a trabajar conjuntamente para ello.
- Los métodos alternativos de solución de conflictos se han presentado como complementos del sistema judicial, así las personas tienen la oportunidad de escoger entre varios procesos de resolución que les brinde una solución oportuna a sus controversias, dentro un proceso de calidad.
- La mediación es una de las formas de prestación del servicio público de la justicia, carácter que otorga la ley para mejorar y dar calidad a este servicio, ya que los métodos alternativos de solución de conflictos, grupo al que ésta pertenece, aparecen como la opción más adecuada para descongestionar el sistema judicial.
- La presencia de un tercero imparcial es indispensable al momento de buscar una resolución pacífica de los conflictos, en muchos es necesaria la guía de una parte que no esté implicada en el conflicto para que se encamine a las partes hacia una nueva perspectiva del problema.
- En la mayoría de ocasiones la mediación es un proceso que responde de manera efectiva a las necesidades de las partes, flexible que se adecúa a cada situación, las partes sienten que pueden resolver de manera directa sus conflictos y se sienten más comprometidas con el acuerdo y su cumplimiento.
- Al ser la mediación un proceso que logra una resolución rápida, por ende menos costosa, que busca precautelar las relaciones de las partes, entre otros principios que deben estar presentes para un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia, se convierte en un mecanismo eficaz para resolver los conflictos.

- La forma más concreta de aplicación de la mediación en nuestro sistema judicial es la derivación de las causas en materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación, a petición de alguna de las partes o por sugerencia del juez.
- La derivación de causas a Centros de Mediación hace posible que el sistema judicial y los mecanismos alternativos de solución de conflictos se complementen de manera real al servicio de los ciudadanos.
- Los jueces no están obligados a derivar las causas en materia de Niñez y Adolescencia a Centros de Mediación, sino que actúan haciendo uso de su discrecionalidad. Es decir éstos analizan si el caso en particular debe o no derivarse.
- En el Cantón Quito no se aplica la derivación judicial de las causas. La mayoría de los centros trabaja con casos que las partes deciden iniciar de manera independiente, ya que han llegado a conocer de este proceso por las personas que han sido beneficiadas con anterioridad, generando así credibilidad del servicio por su eficiencia.
- Es evidente que en la actualidad se vulnera de manera directa el derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, cuando los procesos judiciales en los que se ven involucrados no alcanzan resolución en un tiempo razonable, sino que pueden durar años y el costo de ello es invalorable.
- El desarrollo de este trabajo ha logrado demostrar que los jueces son responsables de la vulneración de los derechos de un grupo que necesita atención prioritaria como el de los niños, niñas y adolescentes, al omitir la aplicación de normas constitucionales y tratados internacionales con respecto a protección de derechos.

- El sistema judicial ha colapsado y ha fracasado en su intento de otorgar un servicio eficiente de justicia, por sobrecarga laboral, falta de infraestructura y personal capacitado, que responda a las necesidades de los ciudadanos.

RECOMENDACIONES

- La capacitación del personal judicial es indispensable en el tema de derechos humanos, en muchas ocasiones se cae en la desatención de estos por no tener conocimiento necesario.
- El Estado debe otorgar de manera más eficiente la prestación del servicio público para el acceso justicia, en estos temas trascendentales debe certificar que los organismos encargados (Projusticia) de la realización de los estudios para mejorar este servicio, sean hechos de manera acertada, por ejemplo, dentro del ámbito la contratación de personal de las dependencias judiciales, para solucionar uno de los elementos que ayudan a la vulneración del derecho de acceso a la justicia, es necesario que sean profesionales en el ámbito del Derecho, porque se ha caído en el error de contratar un número mayor de profesionales en diferentes ramas para otro tipo de necesidades desatendiendo el área fundamental.
- Los servicios públicos y privados que intervienen en el sistema de justicia deben trabajar de manera complementaria para mejorar las condiciones del acceso a la justicia y en proyectos encaminados para mejorar el sistema.
- Es indispensable reeducar a los actores que intervienen en el sistema judicial: ciudadanía, abogados, servidores públicos y jueces para que puedan asumir una cultura de conciliación y que el acudir a las dependencias judiciales sea el último recurso para resolver controversias después de agotar los mecanismos de solución directa entre las partes.

- Se debería aplicar de manera más frecuente la mediación como un mecanismo complementaria al judicial, para así tener una mejora en éste, si se atiende de manera directa el principal problema de saturación de causas en los juzgados.
- El Estado debe garantizar que el reconocimiento constitucional de derechos no se vuelvan palabras escritas en papel o meras declaraciones, sino que debe plantear políticas, como otorgar mecanismos para que estos derechos tengan las garantías necesarias para precautelar su real ejercicio y goce.
- Se debe precautelar de manera más efectiva el interés superior que conlleva el tema de niñez y adolescencia cuando se necesita acceder al sistema judicial. Los jueces deben responder de la manera en que establece la ley por transgredir los derechos de este grupo vulnerable, al omitir aplicación procedimientos que hagan efectivo y eficiente acceso a la justicia.
- Para que exista una mayor acogida en la población de la mediación como un proceso prejudicial para dilucidar contiendas, se debe iniciar una campaña que dé a conocer los beneficios que puede conllevar la resolución de conflictos a través de su aplicación.
- Se deben otorgar recursos por parte del Estado para poder fortalecer a los Centros de Mediación que otorgan atención gratuita a los usuarios de los centros, ya que estos complementan de manera más acertada al sistema judicial por otorgar un acceso gratuito a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Casal, Jesús. *Aspectos conceptuales del acceso a la justicia*. Caracas, U.C.A.B., 2006.
- Cortez, Olivia. *Reencuentro con los MASC en el Ecuador: Balance de los Diez Años de Aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación*. 25 de Septiembre de 2007.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal*. Montevideo, B de F, 4ta. Edición.2002.
- Folberg, Jay, Taylor, Alison. *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, México D.F., Limusa, 1992.
- Highton, Elena, Álvarez, S. Gladys. *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, AD-Hoc, 2ª Ed., 1998.
- Marabotto, Jorge. *Un derecho esencial: el derecho de acceso a la justicia*, Montevideo, Adenauer, 2003.
- Méndez, Juan E. *Acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos*. Foro Internacional “Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina”. Costa Rica.2000.
- Mnookin R., Kolb, D., Rubin, J., Benjamín, S., Horowitz, S., López, N., Garat, S., *Mediación una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2ª Edición, 1980.
- Palacios, E. Lino. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 17ª ed.2003.
- Porras, Barrenechea, Raúl. *Cartas del Perú 1524-1453*. Lima, Bibliófilas, 1959.
- Quintero, Beatriz, Prieto, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1995.
- Reyna de Roche, Carmen. *Condicionamientos sociales, políticos, económicos del acceso a la justicia*. Caracas, U.C.A.B., 2006.

Rojas, Carlos. *Latinoamérica cien años de filosofía*. San Juan de Puerto Rico, Isla Negra, 2002.

Suares, Marinés. *Mediando en sistemas familiares*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

Singer, Linda. *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresaria, familiar y legal*. Buenos Aires, Paidós, 1994.

Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador (PROJUSTICIA). *Percepción de los usuarios de los servicios de justicia en el Ecuador*, 2010.

Unidad de Comunicación y Atención al Ciudadano Agosto de 2010 (PROJUSTICIA). *Análisis de la Mediación en el Ecuador: Censo de Centros de Mediación*, realizado en Agosto de 2010.

Ury, William. “*Supere el No*”. *Como negociar con personas obstinadas*”. Colombia, Editorial Norma, 2ª Ed., 1993.

REVISTAS

Canales, Aliende, José. “El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas”. *Política y Sociedad*, N° 20, Madrid, 1995.

González, Javier. “La acción de amparo como garantía de derechos económicos, sociales y culturales en el derecho comparado.” *Ruptura*. N° 50. Quito, 2006.

Paredes, Diego, “El alejamiento del derecho público hacia el derecho privado”, *Ruptura* 50, Quito, 2006.

Puertas, Ruiz, Roberth. “La mediación prejudicial obligatoria: una propuesta al país”. *Novedades Jurídicas*. N° 52, Quito, 2010.

Romero, Parducci, Héctor. “Medios alternativos de solución de conflictos”. *Revista MASC*, Quito, 1997.

Vintimilla, Saldaña, Jaime. “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, *Revista MASC Ecuador*, N°1, Quito, 2005.

EN INTERNET

Baquerizo, Jorge. *Derechos sociales y grupos vulnerables*. Internet: www.derechoecuador.com. Acceso: 11-Septiembre-2010.

Cifuentes, Eduardo. *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia*. Internet: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_271.pdf. Acceso: 30-marzo-2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales, culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Internet: [ww.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm](http://www.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm). Acceso: 23-febrero-2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador*. Internet: www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Resumen.htm. Acceso: 23-febrero-2010.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Los derechos humanos grupos vulnerables*. Internet. www.cndh.org.mx. Acceso: 18- Junio-2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Voto razonado del Juez A.A Cançado Trindade, Sentencia Caso Barrios Altos Vs. Perú*, 14-Marzo-2001. Internet: www.corteidh.or.cr. Acceso: 18-Junio-2010.

Cumbre Judicial Iberoamericana. *Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano*. Internet: www.cumbrejudicial.org/c/document_library. Acceso: 30-septiembre-2010.

De la Rúa, Mercedes; Troilo, Eliana. *Mediación y Derecho de Familia*. Internet: www.justiciacordoba.gov.ar/site/Docs/RevistaCientifica/Mediacion.doc. Acceso: 6-noviembre-2010.

Generalitat Valenciana. *La mediación en la resolución de conflictos*. Internet: www.edu.gva.es/orientados. Acceso: 6- noviembre-2010

INEC-Estadísticas, www.inec.gov.ec. Acceso: 15-Agosto-2010.

Organización de Transparencia Internacional. Internet: www.transparencia.org.es. Acceso: 04-abril-2010.

Pedroza, Susana, Gutiérrez, Rodrigo. *Niños, niñas y adolescentes grupo vulnerable: Una perspectiva Constitucional*. Internet: www.bibliojuridica.org/libros/1/94/7.pdf. Acceso: 15-Junio-2010.

Rodríguez, Carla. *Arbitraje y Amparo*. Internet: www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol2/capitulo13_arbitraje_y_amparo.pdf. Acceso: 15-Mayo-2010.

Rodríguez, Carolina. *Acceso a la justicia, herramientas para la defensa efectiva de los derechos*. Internet: w.iiij.derecho.ucr.ac.cr/phps/documentación. Acceso 23- febrero-2010.

Rojas, Martha. *Derecho de acceso a la Justicia*. Internet: www.tribunalconstitucional.gov.bo. Acceso: 15-Mayo-2010.

Romero, Gálvez, Antonio. *Medios alternativos de resolución de conflictos*. Internet: www.gestiopolis.com/recursos4/docs/ger/mediosalternativos.htm. Acceso: 30-06-2010.

Santis, Ninoska. *Las Normas de Ius Cogens*. Internet. www.congresoconstitucional.cl. Acceso: 12-Julio-2010.

Zapata, Bello, Gabriel. *Acceso a la Justicia*. p.386. Internet: www.bibliojuridica.org/libros/1/92/23.pdf. Acceso: 23 - febrero- 2010.

Zurita, Gil, Eduardo. *El concepto y carácter de la mediación*. Internet: www.derechoecudor.com. Acceso: 6-mayo-2010.

LEYES

Constitución Política del Ecuador. R. O. 449, 20 de Octubre del 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial. R. O. 544 Marzo de 2009.

Código de Procedimiento Civil. R.O. 58 julio 2005.

Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. 417 Diciembre 2006.

Instructivo para la Derivación de Causas a Centros de Mediación. R.O. 139 Agosto del 2007.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969. R.O. 801, 6 de agosto 1984.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). R.O. 101, 24 de enero 1969.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. R.O. 101, 24 enero 1969.

ARTÍCULOS DE PRENSA

Tipanluisa, Geovanny. “La justicia para los niños”. *El Comercio*, Cuaderno 11. Sábado 17 de abril de 2010.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

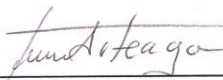
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, JOHANNA MARICELA ARTEAGA PASPUEL, C.I. 1716518798 autora del trabajo de graduación intitulado: **“MEDIACIÓN: UN MECANISMO IDÓNEO DE ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA DERIVACIÓN DE CAUSAS A CENTROS DE MEDIACIÓN EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 26 de abril del 2011



171651879-8

FIRMA Y CÉDULA